





P. BARINETTI

PROF. ORDINARIO DI DIRITTO ROMANO NELLA REGIA UNIVERSITA' DI PAVIA

DIRITTO ROMANO

PARTE GENERALE

1.° Idee fondamentali intorno al Diritto ed alle Leggi.

2.° Delle Persone. 3.° Delle Cose. 4.° Delle Azioni.



MILANO

DOTTOR FRANCESCO VALLARDI, TIPOGRAFO-EDITORE

CON STABILIMENTO DI STEREOTIPIA E DI INCISIONI IN LEGNO

1865

DIRITTO ROMANO

DIRITTO ROMANO

PARTE GENERALE

1. IDEE FONDAMENTALI INTORNO AL DIRITTO ED ALLE LEGGI. 2. DELLE PERSONE - 3. DELLE COSE - 4. DELLE AZIONI.

dell' avvocato

PIETRO BARINETTI

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITA' DI PAVIA.



MILANO
DOTTOR FRANCESCO VALLARDI, TIPOGRAFO-EDITORE
CON STABILIMENTO DI STEREOTIPIA E DI INCISIONI IN LEGNO
via di S. Margherita, N. 5

1864.

PREFAZIONE

Io mi propongo, col mio lavoro, di offrire una guida allo studio del diritto romano, richiamando la meditazione sulle fonti stesse del diritto e sopra i punti principali della scienza.

Nel dichiarare la ragione della mia opera, debbo soggiungere, che con essa io non intendo veramente di assumere la qualità di scrittore, ma di rimanere ancora, dirò così, nel più modesto ufficio dell'insegnante, che conserva e svolge quanto già si possiede, se non è fortunato di potersi proporre nuove scientifiche investigazioni.

A questo volume, che comprende la parte generale, seguiranno nel più breve termine possibile i trattati speciali: del diritto di famiglia; del possesso, della proprietà e degli *jura in re;* delle obbligazioni, e delle successioni.

Io non mi lusingo che il mio lavoro possa essere meritevole di lode; ma mi conforta la speranza, che possa almeno essere di qualche frutto pei giovani studiosi, ai quali è limitata la mia influenza.

La memoria dell'antica Roma fu l'alito di vita che trasse gli Italiani dal sonno mortale in cui gli avrebbero sepolti per sempre le invasioni barbariche.
L'idea romana è quella che domina ancora di presente la maggior parte delle legislazioni europee.

F. Sclopis. *Storia della legislazione italiana.*

INDICE.

PARTE GENERALE.

LIBRO PRIMO

Idee generali intorno al diritto ed alle leggi.

Titolo Primo.

Della Giustizia e del Diritto.

§ 1. Vari significati della parola diritto, *jus* . . . . Pag. 3
§ 2. Diritto in senso oggettivo. . . . . » 4
§ 3. Giustizia . . . . » 5
§ 4. Giurisprudenza. . . . . » 6
§ 5. Sommi precetti del Diritto . . . . » 8
§ 6 Divisione del Diritto inteso in senso oggettivo. Diritto delle genti e diritto civile . . . . » 9
§ 7. Se secondo il concetto dei romani giureconsulti il diritto delle genti si distingua dal diritto naturale . . . . » 12
§ 8. Diritto pubblico e diritto privato . . . . » 15
§ 9. Diritto comune e diritto singolare . . . . » 17
§ 10. Dei privilegi, in particolare . . . . » 18
§ 11. Diritto statutario . . . . » 20
§ 12. *Jus scriptum, Jus non scriptum* . . . . » ivi

Titolo Secondo.

Fonti del Diritto Romano.

§ 13. *Patrii mores* delle antiche stirpi Italiche . . . . pag. 21
§ 14. *Leges regiæ* . . . . » 22
§ 15. Leggi delle XII Tavole . . . . » 23
§ 16. *Leges et Plebiscita* . . . . » 24
§ 17. *Senatusconsulta* . . . . » 26
§ 18. *Edicta magistratuum* . . . . » 27
§ 19 *Responsa prudentium*. . . . . » 30
§ 20 Costituzioni imperiali, *Principum placita* . . . . » 32
§ 21. Antiche collezioni di leggi; *Gregorianus Codex, Hermogenianus Codex, Theodosianus Codex* . . . . » 35
§ 22. Collezioni di Giustiniano . . . . » 36
§ 23. Vicende del diritto romano nell'impero greco . . . . . . » 40
§ 24. Collezioni di leggi romane per opera dei Barbari in Occidente . . » 41
§ 25. Il diritto romano durante il dominio dei Longobardi e dei Franchi . » 42
§ 26. Origini del diritto scientifico nei Comuni . . . . » 43

Titolo Terzo.

Delle Leggi e delle Consuetudini.

§ 27. Autorità delle leggi . . . . » 45
§ 28. Efficacia della legge . . . . » 46
§ 29. Dell'ignoranza delle leggi . . . . » 47
§ 30. Estensione della legge . . . . » 49
§ 31. Estensione della legge (continuazione) . . . . » 51
§ 32. Estensione della legge (continuazione) . . . . » 54
§ 33. Limiti all'applicazione delle leggi . . . . » 57
§ 34. Interpretazione delle leggi . . . . » 58
§ 35. Interpretazione delle leggi (continuazione) . . . . » 59
§ 36. Interpretazione delle leggi (continuazione) . . . . » 61
§ 37. Interpretazione delle leggi (continuazione) . . . . » 64
§ 38. Durata della legge. . . . . » 67
§ 39. Consuetudine *(mores majorum, longa consuetudo)*. *Auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* . . . . » 68
§ 40. Della consuetudine (continuazione). . . . . » 72

LIBRO SECONDO

Delle persone.

Titolo Primo.

Del diritto in senso soggettivo.

§ 41. Idea del diritto in senso soggettivo . . . . Pag. 75
§ 42. Divisione del diritto inteso in senso soggettivo . . . . . . » 76

Titolo Secondo.

Idea e divisione delle persone.

§ 43. Diritto delle persone . . . . » 78
§ 44. Uomo e persona . . . . » ivi
§ 45. Persone fisiche. – Requisiti per l'esistenza di una persona fisica . . » 80
§ 46. Se l'infante, per la capacità giuridica, debba essere nato anche vitale . » 82
§ 47. Estinzione della personalità fisica . . . . » 85
§ 48. Persone giuridiche. Diverse specie di persone giuridiche . . . . » 87
§ 49. Rapporti di diritto delle persone giuridiche . . . . » 92

Titolo terzo.

Stato civile delle persone.

§ 50. *Status hominum* . . . . » 96
§ 51. Divisione dello stato civile . . . . » 97
§ 52. Stato di libertà. Nozione della libertà e della schiavitù . . . . » 98
§ 53. Cause da cui deriva la schiavitù . . . . » 99
§ 54. Condizione giuridica degli schiavi . . . . » 101
§ 55. Ingenui e libertini . . . . » 105
§ 56. Affrancamento, *manumissio* . . . . » 108
§ 57. Diversi modi di affrancamento . . . . » 109
§ 58. Leggi che ebbero per iscopo di limitare gli affrancamenti . . . . » 112
§ 59. Stati aventi una analogia colla schiavitù. *Auctoratio; Redemptio ab hostibus; Nexum; Addictio* . . . . » 117

§ 60. Colonato . . . . pag. 119
§ 61. Del Colonato (continuazione) . . . . » 120
§ 62. Del Patronato . . . . » 123
§ 63. Stato di cittadinanza . . . . » 124
§ 64. Cittadini e forastieri . . . . » ivi
§ 65. Diritti politici e civili dei cittadini . . . . » 125
§ 66. Condizione intermedia tra cittadini e stranieri . . . . . . » ivi
§ 67. Modi di acquistare la cittadinanza romana . . . . » 130
§ 68. Modi di perdere la cittadinanza . . . . » 131
§ 69. Stato di famiglia . . . . » ivi
§ 70. Persone *sui juris;* Persone *alieni juris. Manus; Mancipium* . . » 133
§ 71. Perdita dello stato civile. *Capitis deminutio,* Varie specie; suoi effetti. » 136

TITOLO QUARTO.

DISTINZIONI DELLE PERSONE NON DIPENDENTI DALLO STATO CIVILE.

§ 72. Cause da cui procedono tali distinzioni. . . . . » 138
§ 73. Pubblica stima, *existimatio* . . . . » 139
§ 74. Religione . . . . » 143
§ 75. Sesso . . . . » 146
§ 76. Età . . . . » 147
§ 77. Sanità di mente e di corpo . . . . » 150
§ 78. Cognazione, Agnazione, Affinità . . . . » 152
§ 79. Professione . . . . » 158
§ 80. Domicilio . . . . » 159

LIBRO TERZO

Delle cose.

TITOLO PRIMO.

DIVISIONE DELLE COSE, CONSIDERATE SECONDO LE LORO QUALITA'.

§ 81. Nozione delle cose . . . . » 162
§ 82. Cose corporali ed incorporali. . . . . » 163
§ 83. Cose mobili ed immobili . . . . » ivi
§ 84. Cose divisibili ed indivisibili. . . . . » 165

§ 85. Cose che si consumano coll'uso e non si consumano . . . . . pag. 165
§ 86. Cose apprezzabili in commercio a peso, numero e misura, e non così apprezzabili . . . . » 166
§ 87. Cose singolari ed universalità di cose . . . . » 168
§ 88. Cose principali ed accessorie . . . . » 169
§ 89. Cose presenti e future. . . . . » 171
§ 90. Cose *mancipi* e cose *nec mancipi* . . . . » ivi

TITOLO SECONDO.

DIVISIONE DELLE COSE CONSIDERATE RISPETTO A COLORO CUI APPARTENGONO.

§ 91. Cose di diritto divino, coso di diritto umano . . . . . . » 173
§ 92. Cose di diritto divino, cose sacre, religiose, sante . . . . . » 174
§ 93. Cose di diritto umano; cose comuni; cose pubbliche; cose delle università; cose dei singoli, cose di nessuno. . . . . » 177

LIBRO QUARTO

Delle azioni.



TITOLO PRIMO.

ESERCIZIO E TUTELA DEI DIRITTI.

§ 94. Diritti reali e diritti personali . . . . » 181
§ 95. Esercizio e tutela dei diritti . . . . » 184

TITOLO SECONDO.

PROCEDIMENTO GIUDIZIALE.

§ 96. Scopo del procedimento giudiziale. . . . . » 186
§ 97. Giurisdizione e competenza giudiziaria . . . . » 187

TITOLO TERZO.

PROCEDIMENTO CIVILE ROMANO NEI VARI PERIODI.

§ 98. *Legis actiones; ordinaria judicia; extraordinaria judicia.* . . . » 182
§ 99. Primo sistema di procedimento. *Legis Actiones* . . . . » 193
§ 100. *Sacramenti actio* . . . . » 195

§ 101 *Legis actio per judicis postulationem* . . . . . pag. 198
§ 102. *Legis actio per condictionem* . . . . . » ivi
§ 103. *Legis actio per manus injectionem* . . . . . » 199
§ 104. *Legis actio per pignoris capionem* . . . . . » 200
§ 105. Secondo sistema. Procedimento formolare. *Ordo judiciorum civilium* » 201
§ 106. *Judicia legitima* e *judicia, quæ imperio continentur* . . . » 206
§ 107. Terzo sistema; Giudizii straordinarii; *extraordinaria judicia* . . » ivi

TITOLO QUARTO.

DIVISIONE DELLE AZIONI.

§ 108. Idea dell'azione . . . . . » 208
§ 109. Azioni reali o personali; *actiones in rem, actiones in personam* . » 209
§ 110. Azioni *in rem scriptæ* . . . . . » 212
§ 111. Azioni civili ed onorario . . . . . » 213
§ 112. Azioni di strotto diritto, di buona fede ed arbitrario . . . . » 214
§ 113. Azioni dirette ed utili. . . . . . » 217
§ 114. Azioni *vulgares* ed azioni *in factum* . . . . . » 218
§ 115. Azioni *vulgares, conceptæ in jus* e *conceptæ in factum* . . . » 219
§ 116. Azioni persecutorio della cosa, penali o miste . . . . . » 220
§ 117. Azioni *in simplum, duplum, triplum, quadruplum*. . . . . » 221
§ 118. Azioni perpetuo e temporarie . . . . . » ivi
§ 119. Azioni perpetuo e temporario (continuazione) . . . . . » 222
§ 120. Azioni perpetuo o temporario (continuazione) . . . . . » 226
§ 121. Azioni che si trasmettono, o non agli eredi e contro gli eredi . . » 229
§ 122. Azioni *præjudiciales* . . . . . » 230
§ 123. Azioni popolari . . . . . » 231
§ 124. Azioni *adiectitiae qualitatis* . . . . . » 232
§ 125. Valoro pratico delle azioni romane . . . . . » ivi
§ 126. Concorso delle azioni . . . . . » 233

TITOLO QUINTO.

CONTESTAZIONE DELLA LITE.

§ 127. Quando possa dirsi contestata la lite . . . . . » 237
§ 128. Effetti della *litis contestatio* . . . . . » 238

TITOLO SESTO.

DELLA PROVA.

§ 129. Concetto della prova. – Sistema dell'intimo convincimento . . . » 240
§ 130. Soggetto della prova . . . . . » ivi
§ 131. Conflitto di provo . . . . . » 243

§ 132. Delle presunzioni. . . . . pag. 244
§ 133. Dei mezzi di prova . . . . » 245
§ 134. Dei documenti . . . . » 246
§ 135 Dei testimonii . . . . » 247
§ 136. Dei periti . . . . » 248
§ 137. Concorso di indizii . . . . » 249
§ 138. Confessione . . . . » ivi
§ 139. Del giuramento . . . . » 251
§ 140. *Jusjurandum delatum* . . . . » 252
§ 141. *Jusjurandum judiciale* (suppletorio o purgatorio) . . . . . » 256

TITOLO SETTIMO.

DELL' ECCEZIONE.

§ 142. Idea dell'*exceptio* . . . . » 257
§ 143. Divisione delle eccezioni . . . . » 260
§ 144. Come si estinguano le eccezioni . . . . » 261
§ 145. *Replicotiones* et *duplicationes* . . . . » 263

TITOLO OTTAVO.

INTERDETTI, *interdicta.*

§ 146. Idea degli interdetti . . . . » 265
§ 147. Divisione degli interdetti . . . . » 266

TITOLO NONO.

SENTENZA E COSA GIUDICATA.

§ 148. Modi con cui può essere ultimata una causa . . . . . . » 270
§ 149. Transazione . . . . » ivi
§ 150. Compromesso . . . . » 271
§ 151. Desistenza dalla lite . . . . » 272
§ 152. Sentenza . . . . » ivi
§ 153. Rimedio dell'appellazione; *Provocatio*, *oppellotio* o *intercessio*. . » ivi
§ 154. Rimedio dell'appellazione. Sistema di più Istanze . . . . » 274
§ 155. *Res judicata* . . . . » 275
§ 156. *Exceptio rei judicatæ* . . . . » 278

§ 157. *Exceptio rei judicatæ* (continuazione) . . . . pag. 279
§ 158. *Exceptio rei judicatæ* (continuazione) . . . . » 281

TITOLO DECIMO.

MODI DI ASSICURAZIONE.

§ 159. *Cautiones* . . . . » 283
§ 160. Immissioni in possesso . . . . » 285
§ 161. Pene per le cause temerarie . . . . » 287

DIRITTO ROMANO.

PARTE GENERALE

LIBRO PRIMO

Idee generali intorno al diritto ed alle leggi

TITOLO I.

DELLA GIUSTIZIA E DEL DIRITTO

§ 1. Vari significati della parola diritto, *jus*.

In generale, chiamasi diritto ciò che è conforme ad una legge.

Nei vari significati speciali, diritto indica facoltà di agire; legge positiva; scienza; ragione suprema d'ogni legge.

Pei Romani la voce *jus* ha pure vari significati.

Jus esprime ciò che fu sempre reputato buono ed equo. *Id, quod semper aequum ac bonum est, jus dicitur; ut est jus naturale* [1].

Jus indica il diritto patrio, che si fonda nella coscienza nazionale di un popolo: *quod quisque populus ipse sibi jus constituit;* [2] e nel diritto patrio dei Romani è pure compreso il diritto pretorio od onorario: *nec minus jus recte appellatur in civitate nostra jus honorarium* [3].

Jus esprime una singola legge: *Non ambigitur, senatum jus facere posse* [4].

Jus è il complesso di più leggi della stessa natura: *Jus publicum; Jus privatum.*

Jus esprime il risultato, ossia le immediate conseguenze delle leggi o della scienza; quali, per esempio; *agnationis jura; adoptionis jura; jus hereditatis; ususfructus;* ecc.

[1] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 11.
[2] Ibid. fr. 9. — Lib. 1, tit. 2, Inst. § 1.
[3] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 11.
[4] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 9.

Jus è la decisione del Pretore; e il Pretore fa giustizia, rende ragione, *jus reddere dicitur*, anche quando la sua sentenza è contraria all'equità; *etiam cum inique decernit;* perchè si ha riguardo, non a quello che il Pretore ha fatto, ma a quello che doveva fare; *relatione scilicet facta, non ad id, quod ita Praetor fecit, sed ad illud, quod Prætorem facere convenit.* [1]

Jus indica anche il luogo in cui si rende la giustizia; *jus dicitur locus, in quo jus redditur;* [2] d' onde le espressioni, *in jus vocare; ambula mecum in jus; in jure confessus pro judicato habetur.*

Jus significa talvolta parentela: *nonnunquam jus pro necessitudine dicimus, veluti: est mihi jus cognationis vel affinitatis.* [3]

Jus indica altresì la scienza del diritto, come nell'elegante definizione di Celso: *Jus est ars boni et aequi;* ed è nel significato di scienza che Ulpiano nel frammento primo del Digesto, dice: JURI *operam daturum prius nosse oportet, unde nomen juris descendat.*

E lo stesso Ulpiano soggiunge che il *jus* è così chiamato da *justitia. Est autem a* IUSTITIA *appellatum.* Alcuni derivarono invece *jus* da *jussum.* Ed infatti, nelle sue origini istoriche, il *jus Quiritium* ci si presenta come una regola assoluta, una norma inflessibile di un comune in assetto militare, d'onde il vocabolo antico di *jussa* per *jura.* Da altri si volle invece derivare *jus* da *Jous,* Dio, e quindi ravvisare nel *jupiter* il *juris pater.* [4] Abbiamo nelle fonti: *jura naturalia, divina quadam provvidentia constituta...* [5] e in Cicerone: *Lex orta simul est cum mente divina.... Lex vera atque princeps ratio est recta summi Iovis.* [6]

§ 2. Diritto in senso oggettivo.

In senso oggettivo si intende più comunemente per diritto, ora un complesso di leggi della stessa natura, ora la scienza dell'equo e del buono.

[1] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 11
[2] Ibid.
[3] Ibid. fr. 12.
[4] Vico, *de uno univ. jur. princ.*
[5] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 11.
[6] Lib. 2, *de Legibus* § 4.

§ 3. Giustizia.

La giustizia è definita da Ulpiano: *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.* [1] In altri termini, la giustizia è la volontà di rispettare il diritto. La definizione di Ulpiano è conforme ai principii della filosofia morale degli stoici, filosofia abbracciata dalla maggior parte dei giureconsulti romani. Declinando dalla idea della giustizia secondo la filosofia degli stoici, la giustizia sarebbe la volontà di dare *perpetuamente* a ciascuno il suo. [2] Chi si propone di dare *perpetuamente* a ciascuno il suo può essere reputato giusto, per un determinato tempo, sebbene non sia stata *perpetua* la sua volontà.

Non si può invece dire giusto quegli, che si propone di astenersi dal male, finchè non creda di poterlo commettere impunemente, perchè non sarebbe in lui la volontà di dare *perpetuamente* a ciascuno il suo. *Neque justus est, qui vult modo, modo non vult suum cuique tribuere* (Cujacius).

Ulpiano definì la giustizia nella sua essenza, non avuto riguardo alle contingenze del soggetto, la definì in astratto, quale dovrebbe essere nell'uomo veramente virtuoso.

Da alcuni interpreti si volle dividere la giustizia in *civile* e *morale*. La giustizia *civile* si ripone nella mera conformità delle azioni esterne al dettato della legge. La giustizia *morale* è quella che è accompagnata dall'affetto interno. Il diritto pei Romani ha il suo fondamento nell'etica. Dato il fondamento del diritto nell'etica, non può essere la giustizia separata dall'elemento etico. A ragione fu quindi definita la giustizia la ferma *volontà* di dare perpetuamente a ciascuno il suo. La giustizia non è mera legalità esteriore; si fonda nell'affetto interno, nella libera volontà. *Justus est qui* VULT, *non qui aut justa facit, aut injusta non facit* (Cujacius).

La giustizia si distingue pure dagli interpreti in *espletrice* e *attributrice* [3]. Alla prima si riferiscono i doveri che siamo obbligati ad adempire anche colla forza, perchè il loro adempimento è sotto la sorveglianza della universalità del popolo, e più particolarmente del potere pubblico, che lo rappresenta.

[1] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 10. — Lib. 1, tit. 1. Inst. Fr.

[2] V. Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*

[3] Grotius, Volfius, Heineccius, Voet, Richeri.

Alla giustizia *attributrice* si riferiscono i doveri di umanità, il cui adempimento non è sorvegliato che dalla coscienza individuale, e che non ammettono quindi una coazione.

Il diritto non è nelle nostre fonti separato dalla morale; è però dalla morale distinto, e quindi non confuso con essa. Il carattere della coazione non è necessario all'idea del diritto; sono però sempre distinti i doveri, che si possono far adempire col mezzo della forza, ed i doveri che non ammettono una coazione. *Non omne, quod licet, honestum est — Non solum quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit.* [1] La differenza razionale fra la morale e il diritto emerge dall'idea che del diritto diede anche il sommo Alighieri: *Jus est realis et personalis proportio, quæ servata servat societatem, corrupta corrumpit.* Infatti, per il principio morale, una azione è buona o cattiva in sè stessa, senza relazione ai diritti di alcuno.

Distinguesi volgarmente la giustizia anche in *commutativa* e *distributiva.* Dicesi *commutativa,* quella che risguarda le cose e non le qualità delle persone, e che osserva una eguaglianza aritmetica; e l'*æquitas* che equivale ad *æquabilitas* rappresenta appunto il principio dell'eguaglianza, applicata specialmente al diritto di proprietà ed ai rapporti contrattuali [2].

Dicesi giustizia *distributiva* quella che ha riguardo specialmente alle qualità di persona, alle circostanze di tempo e di luogo; tratta dei premj e delle pene da attribuirsi secondo i meriti di ciascheduno, ed osserva una eguaglianza geometrica. [3]

§ 4. Giurisprudenza.

Da Ulpiano la giurisprudenza è definita: *Divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.* [4]

Jurisprudentia non è altrimenti che scienza del giure, lo studio sistematico di esso, la disciplina che se ne occupa.

[1] Lib. 23, tit. 2, Dig. fr. 42. — Lib. 50, tit. 13, Dig. fr. 1, § 5. — Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 144, 197.

[2] Del Rosso, *Saggio di Diritto priv. rom. attuale.* Pisa 1844.

[3] Vico, *de uno etc.* — Stahl *Rechts-und Staatslehre* — Bentham, *an introduction to the principles of morals and legislation.*

[4] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 10, § 2. — Lib. 1, tit. 1, Inst. § 1.

La prima parte della definizione, *divinarum atque humanarum rerum notitia*, esprime che la giurisprudenza, colle verità generali e supreme, entra nel campo della filosofia; e le ultime parole, *justi atque injusti scientia*, indicano l'oggetto che le è affatto speciale.

Mentre la giurisprudenza è una parte della filosofia, più esattamente si direbbe, che differisce da essa, come differisce la specie dal genere. La filosofia deriva i suoi precetti solo dalla ragione universale; la giurisprudenza rappresenta non solo idee generali e comuni al genere umano, ma esprime anche i particolari bisogni di un popolo; ed i suoi precetti possono, in questo riguardo, variare secondo le pratiche contingenze dei luoghi e dei tempi.

Per meglio apprezzare il vero e profondo concetto che Ulpiano dà della giurisprudenza, conviene notare, nel campo istorico, che, nelle sue origini, il diritto romano ebbe il fondamento, più che nella ragione, nella volontà inflessibile di un popolo dominatore [1]; ed allora era naturale la lotta tra i filosofi ed i giureconsulti [2]; ma in seguito l'idea del diritto divenne essa pure eminentemente filosofica, e fu, nella alleanza del diritto colla filosofia, che Celso potè definire il jus: *Ars boni et aequi*, ed Ulpiano la giurisprudenza: *Divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.* E, come un tempo i filosofi solevano dirsi, *sapientiæ et virtutis sacerdotes*, Ulpiano chiamò pure i giureconsulti, sacerdoti della giustizia, ricordando, con splendide parole, l'ufficio loro di rendere gli uomini, non solo esteriormente giusti, ma interiormente onesti e buoni: *justitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes.... veram philosophiam, non simulatam affectantes.* [3]

Alcuni interpreti hanno caratterizzata siccome iperbolica l'idea della giurisprudenza data da Ulpiano. [4] Per altro, non pare, che debba considerarsi tale, quando sia esattamente ponderato il valore delle espressioni.

La giurisprudenza non è la scienza di tutte le cose divine ed umane. Delle cose divine ed umane basta averne quella nozione, *notitia*,

[1] V. R. § 1, in fine.
[2] Heineccius, *Recitationes in elem. juris civilis.*
[3] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 1, § 1.
[4] Heineccius, *Recit. in elem. jur. civilis.*

che è necessaria a costituire la scienza, *scientia*, del giusto e dell'ingiusto.

La giurisprudenza tratta infatti delle cose divine ed umane, soltanto nei rapporti che esse hanno col diritto.

Oggetto della giurisprudenza possono essere cose divine, perchè essa si riferisce al culto degli Dei, alle sacre cerimonie, ai tempii, ai sepolcri, agli officî dei sacerdoti, e simili. [1]

Sono oggetto della giurisprudenza le cose umane, pubbliche e private, i diritti e doveri delle persone, le relazioni giuridiche sui beni mobili ed immobili, i modi di procedere per l'esercizio dei diritti, ecc.

La giurisprudenza è adunque la scienza di tutte le condizioni della vita sociale, la scienza del diritto divino ed umano. Ai giureconsulti romani erano infatti demandati i sacerdozii, ossia la cura dei sacri riti; d'onde la necessità di conoscere il *jus pontificium*, il *jus augurale*, il *jus feciale*, le leggi relative alle cose sacre, sante e religiose. [2] Ed anche presentemente, nella giurisprudenza, sarebbe ancora compresa la cognizione delle cose divine, essendo indispensabile al giureconsulto lo studio del diritto ecclesiastico, di una parte del quale sono fonti le sacre carte, il diritto di natura, e la divina tradizione.

§ 5. Sommi precetti del diritto.

Dalla filosofia degli stoici sono pure dedotti i sommi precetti del diritto, che secondo Ulpiano, sono: *Honeste vivere; Alterum non laedere; Suum cuique tribuere.*

Essendo il diritto l'arte del buono e dell'equo, essendo una legge morale per le azioni esterne, il precetto, *honeste vivere*, appartiene esso pure al diritto, e non è un precetto meramente etico, come vollero alcuni.

Il diritto si riferisce a quegli atti, che presentano una materia esteriore: la legge etica si riferisce agli atti, che si consumano nell'interno della coscienza. È però tale il legame tra l'affetto interno e gli atti esterni, che questi non possono essere considerati che nel rapporto in cui sono colla personalità del loro autore. E, come i Greci, della teoria del diritto e della morale formavano un solo tutto scien-

[1] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 1, § 2.

[2] V. i titoli 7 ed 8 del lib. 11 del Digesto, i titoli 2, 3 del lib. 12, e il tit. 12 del lib. 47. Alle cose divine possono riferirsi anche vari titoli del Codice, quali, per esempio, *de summa Trinitate; de sacrosanctis ecclesiis*, ecc.

tifico che denominavano Etica, così il diritto dei Romani è pure la più grande espressione della legge giuridica collegata colla legge morale.

La legge civile è supplita e interpretata dalla legge morale; il diritto pretorio e il diritto scientifico dei Romani dimostrano la verità di questo principio. [1]

Il primo dovere del cittadino è l'osservanza delle leggi, ma questa non basta. Supplisce la morale, quando manca la legge positiva; e uomo giusto non è che quegli, che osserva anche le leggi morali. Chi si astenesse solo da quelle cose, che vietano, con una pena, le leggi civili, potrebbe esser ancora ingiusto in moltissimi modi. *Est aliquid, quod non oporteat, etiamsi licet.* (Cic.)

Nel precetto, ***alterum non laedere***, hanno il loro fondamento le leggi, che difendono la sicurezza della società e dei membri di essa, nella persona, nella proprietà, negli altri diritti.

Ad ogni membro della società civile è infatti accordata una sfera di libertà esterna, in cui può agire, senza recare pregiudizio ad una eguale sfera di libertà, che è accordata agli altri. Sinchè rimane nella propria sfera di attività, egli è nel suo diritto. Quando egli entri invece nella sfera di attività degli altri, commette una usurpazione, un'azione contro il diritto, una ingiustizia. *Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat. Omne enim quod non jure fit, injuria fieri dicitur.* [2]

Nel precetto, ***suum cuique tribuere***, si fondano le obbligazioni positive imposte dalle leggi.

Alcuni vorrebbero il diritto compreso tutto nel precetto, ***alterum non laedere***. Questo è uno dei sommi precetti, ma non è il solo. L'uomo non ha soltanto doveri negativi; ma ha altresì doveri positivi. Senza reciprocanza di offici sarebbe distrutto ogni rapporto fra gli esseri intelligenti; vi sarebbe negazione assoluta d'ogni società.

§ 6. Divisione del diritto inteso in senso oggettivo. Diritto delle genti e diritto civile.

Nel senso oggettivo il diritto può essere, o un complesso di leggi comuni a tutti gli esseri intelligenti, diritto universo, ***jus gentium***, o

[1] V. r. § 3. — V. Ortolan, *Explic. hist.*, ecc.
[2] Lib. 47, til. 10. Dig. fr. 1.

un complesso di leggi proprie dei cittadini di uno Stato, diritto nazionale, *jus civile.*

Il jus civile è adunque il complesso delle norme, che noi incontriamo nella storia, come universalmente riconosciute presso un popolo, in un dato periodo di tempo: *quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus civitatis.* [1]

Questo diritto non risulta che dai fatti, manifestanti la volontà di un popolo, e prende il nome dello Stato ovvero del municipio autonomo, di cui è proprio; per esempio, diritto civile di Atene, se si vogliono indicare le leggi di Solone; diritto civile di Sparta, se le leggi di Licurgo. E quando si usa l'espressione, *jus civile*, senza indicare di quale Stato, intendesi poi il diritto nazionale romano, nello stesso modo, dice Giustiniano, che, quando indichiamo il poeta, nè vi aggiungiamo il nome, s'intende, *apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius.* [2]

Queste espressioni ebbero un senso di opportunità, sinchè nei vari Stati non vennero pubblicati nuovi codici civili; ma, se fino alla pubblicazione dei nuovi codici, *jus civile* era il romano, oggigiorno, diritto civile sarebbe il diritto patrio vigente, quando non si accennasse espressamente il diritto romano.

Nell'ordine istorico, il jus civile non era, in origine, che il diritto proprio dell'antico municipio di Roma; era applicabile ai soli cittadini romani; e da questi soltanto poteva essere invocato.

Poichè, più innanzi, tutto il Lazio divenne terra romana, poichè Roma estese il suo dominio a tutta Italia ed ai lontani paesi fuori di essa, il popolo romano, mentre perdeva la propria individualità coll'assimilarsi i popoli conquistati, potè mettere a profitto nel perfezionamento del suo diritto, oltre le proprie, anche le esperienze straniere ed apappropriarsi quindi lentamente le idee di un diritto comune a tutti gli altri popoli. Oltre il matrimonio civile, per esempio, si ammise un matrimonio di diritto delle genti, egualmente valido, e soltanto con alcuni effetti diversi dal primo; la *naturalis cognatio* sorse a lato della agnazione; la proprietà *in bonis*, della proprietà *ex jure Quiri-*

[1] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 1.
[2] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 2.

tium. Così il diritto romano, divenendo flessibile alle nuove condizioni politiche e morali, potè convergere sempre più a quel diritto universo, che è l'espressione della coscienza universale e rimanere prevalente all'antico *jus Quiritium* del municipio di Roma.

I bisogni di un popolo variano infatti, secondo i diversi gradi della sua civiltà. Questo è il motivo, per cui un diritto positivo non può rimanere stazionario, ma nell'azione reciproca degli elementi generali e degli elementi particolari, deve continuamente perfezionarsi con nuove consuetudini e nuove leggi. *Ea, quæ ipsa sibi quaeque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia lege postea lata.* [1]

In origine, esisteva un diritto dei patrizj diverso dal diritto della plebe; ma più innanzi si fusero insieme i due diritti, e sorse un diritto uniforme, nazionale. In origine, il diritto pubblico prevaleva al diritto privato, ma, nello sviluppo progressivo, il diritto privato si sciolse dai vincoli del diritto pubblico. In origine, era grandissima la demarcazione fra il *jus civile* e il *jus gentium*, ma collo aggrandirsi dello Stato, collo estendersi della civiltà, una parte considerevole del *jus gentium*, dapprima affatto estranea al *jus civile* dei Romani, fu ricevuta come complemento dello stesso diritto civile romano. Così quel *jus gentium*, che non era riconosciuto che pei peregrini, venne ad essere, come sopra accennammo, diritto comune dei Romani.

Il *jus civile* adunque, nè in tutto si scosta dal diritto naturale o delle genti, nè in tutto vi è conforme. Coll'aggiungere qualche cosa al diritto comune a tutti i popoli, o col detrarre qualche cosa, si costituisce il diritto particolare di uno Stato, il Diritto civile. *Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, neque per omnia ei servit: itaque quum aliquid addimus, vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile, efficimus.* [2]

Facendo una comparazione fra il diritto nazionale e il diritto delle genti si ravvisa, che alcune istituzioni e regole di diritto sono di *jus civile* e di *jus gentium*, tali per esempio, le distinzioni dei dominii, le determinazioni dei confini, i commerci, i contratti più comuni, le compere e vendite, le locazioni e conduzioni, le società, ecc.

[1] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 11.
[2] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 6. pr.

Altre istituzioni appartengono invece esclusivamente al *jus civile*: le nozze sotto certe condizioni rigorose, la podestà patria, la *testamenti factio*, le *obligationes verborum et litterarum*, l'enfiteusi, ecc. Le leggi relative agli istituti di diritto delle genti potevano essere invocate, in Roma tanto dai cittadini, quanto dai forestieri; quelle che si riferivano ad istituti meramente di diritto nazionale non potevano essere invocate che dai cittadini.

§ 7. Se secondo il concetto dei romani giureconsulti il diritto delle genti si distingue dal diritto naturale.

Nel Digesto e nelle Istituzioni è riprodotta, con una forma propria dello stoicismo, una tripartita distinzione del *jus*:

jus naturale;
jus gentium;
jus civile.

Il *jus naturale*, secondo Ulpiano, è il complesso delle leggi aventi il loro fondamento nella natura animale, e che sono quindi comuni a tutti gli enti animati, intelligenti e non intelligenti. *Jus naturale est, quod natura* OMNIA ANIMALIA *docuit.* [1]

Per gli stoici, *vivere secundum jus*, valeva quanto, *vivere secundum naturam.* La natura è poi o comune agli uomini ed ai bruti, o particolare agli uomini. In quanto è comune, il *jus* è *naturale.* In quanto è particolare agli uomini, è *jus gentium.*

Il *jus naturale*, sotto questo riguardo, designerebbe adunque quei rapporti che riposano sulla natura sensuale e, in certo modo, sopra gli istinti comuni agli uomini ed ai bruti.

E infatti alcune leggi non sono proprie soltanto degli uomini, ma sono comuni a tutti gli animali: *jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur; avium quoque commune est;* ed è in forza di questa legge che ogni essere animato, assalito si difende, che i sessi si uniscono, che la prole viene allevata, finchè non può bastare a sè medesima: *Hinc descendit maris atque fœminæ conjunctio, quam nos matrimo-*

[1] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 1, § 3. — Lib. 1, tit. 2, Inst. Pr.

nium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio; videmus etenim cætera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri. [1]

Sia poi che Ulpiano, nel panteismo degli stoici, ritenesse capaci di un diritto anche i bruti, sia che non attribuisse ai bruti un diritto in sè, ma la materia del diritto ed i rapporti che gli servono di fondamento, [2] l'idea da lui data manca pur sempre di pratica applicazione.

In luogo della trimembre distinzione di *jus naturale, jus gentium, jus civile*, è invece importantissima per la pratica sua applicazione, la distinzione di *jus gentium* e *jus civile*, distinzione che abbiamo nelle Istituzioni di Gajo. *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur.* [3] Anche Modestino non riconosce che la duplice distinzione di *jus civile* e *jus naturale;* e vari giureconsulti romani usano indifferentemente come sinonimi *jus naturale* e *jus gentium.*

Il *jus gentium* è definito nelle nostre fonti: *jus, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit.* È il complesso delle leggi, che sono suggerite dalla ragione naturale, e sono quindi proprie di tutti gli esseri intelligenti, *jus humanum;* e dicesi *jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.* [4]

Il *jus gentium* è quindi antico quanto l'uomo, poichè ha la sua fonte nella coscienza dell'uomo universale. E fuori dei frammenti di Ulpiano, riportati nel Digesto e nelle Istituzioni, coi quali il *jus naturale* è definito il *jus, quod natura* OMNIA ANIMALIA *docuit*, del *jus naturale* si dà dai Romani la stessa idea che del *jus gentium;* quel diritto cioè, che ha la sua fonte nella coscienza dell'umanità, ed è conforme alla ragione universale. *Quod semper aequum et bonum est, jus dicitur, ut est jus naturale.* [5]

Ma come nelle fonti abbiamo un duplice concetto del *jus naturale*, abbiamo pure un duplice concetto del *jus gentium*, ritenendosi per esso, ora il diritto conforme alla ragione universale, JUS GENTIUM PRI-

[1] Lib. 1, tit. 1, fr. 1.
[2] Donellus I. 6. 6 — Savigny, *System des heut. r. R.* appendice 1.
[3] Gaii Inst. comm. 1.
[4] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 1.
[5] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 11. — Lib. 1, tit. 2, Inst. § 11. Sono frequenti le distinzioni nelle fonti di *ratio naturalis* e *ratio civilis*; la *cognatio* è *naturalis* e *civilis* la proprietà, si può acquistare *naturaliter* e *civiliter*; il possesso è *naturalis* e *civilis*. Le obbligazioni sono finalmente *naturales* e *civiles*.

MAEVUM, *veluti erga Deum religio, ut parentibus et patriæ pareamus;* [1] ora un diritto introdotto dagli usi e da necessità sociali. *Usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt.* [2] Ed allora il *jus gentium* non è che una astrazione dei diritti positivi dei popoli civili, JUS GENTIUM SECUNDARIUM, e può essere anche non conforme alla ragione naturale. La schiavitù era un istituto di diritto delle genti, perchè ammessa allora negli usi di tutti i popoli, quasi una umana necessità, ma la schiavitù non era conforme al *jus naturale, quod semper aequum et bonum est.* Gli stessi Romani, che riconoscono la schiavitù di diritto delle genti, la dichiaravano contraria alla ragione naturale. *Captivitates secutæ et servitutes, quæ sunt juri naturali contrariæ;* poichè tutti gli uomini nascono liberi, *jure enim naturali omnes homines liberi nascuntur.* [3] Ed è per il duplice concetto che ha nelle fonti romane il *jus gentium*, che da alcuni interpreti fu sostenuta la tesi, che il *jus gentium* non sia diverso dal *jus naturale*, e la tesi opposta, che il *jus gentium* sia a distinguersi dal *jus naturale.* [4]

Il *jus naturale* a cui corrisponde il *jus gentium*, quale diritto conforme alla ragione universale, viene nelle nostre fonti indicato frequentemente col nome, *æquitas*, in opposizione al *jus civile*, ossia al diritto positivo, al diritto nazionale.

Il diritto naturale, avendo il suo fondamento nell'autore della natura e la sua manifestazione nella ragione umana, che non può essere mai in contraddizione con sè medesima, è nella essenza costante ed immutabile. *Naturalia jura, divina quadam provvidentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent.* [5]

[1] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 2.

[2] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 2.

[3] Ibid. —*Quod jurisconsultis dicitur aequum bonum (est) fons omnis naturalis juris.* Vico, *De uno univ. jur. princ.*, ecc.

[4] Baumann, *De genuina, quam Romani secuti sunt juris naturalis, notione.* — Renemann, *De jure gentium a jure naturali non diverso.* — Steinacker, *Apologia Ulpiani, sive de notione juris gentium a jure naturali accurate distinguenda.*

[5] Lib. 1, tit. 2. Inst. § 11.— Böcking, *Pand.* I. — Voigt, *Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer.* — Schilling, *De aeq. not. ex. sent. Rom.* — Savigny, *System.* I. — Puchta, *Instit.* I. — Rein, *Das Privatrecht und der Civil process der Römer.* — Cfr. Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, § 1. — Non appartiene al nostro istituto l'offrire le varie idee dei filosofi intorno al diritto naturale: come alcuni abbiano compreso in esso le norme regolatrici degli uomini in uno stato estrasociale; e come gli altri, considerando gli uomini essenzialmente perfettibili, attendano dall'avvenire l'età dell'oro di un

Presso i moderni, diritto delle genti è quello, che regola i rapporti delle nazioni fra di loro; *jus inter gentes;* e si denomina ora più comunemente diritto internazionale, pubblico o privato.[1]

§ 8. Diritto pubblico e diritto privato.

Sono di due specie i rapporti giuridici, nei quali trovasi un uomo, come membro dello Stato.

Egli ha rapporti collo Stato; ed ha rapporti come semplice individuo, di fronte agli altri individui, che pure appartengono allo Stato.

Sotto questo duplice riguardo, il diritto si distingue in pubblico e privato. *Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum.*[2]

Il diritto pubblico è quello che si riferisce alla costituzione ed all'amministrazione dello Stato. *Publicum jus est, quod ad statum rei romanæ spectat.*[3]

Il diritto privato riguarda i rapporti dei privati fra di loro. *Privatum jus ad singulorum utilitatem spectat. Sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim.*[4]

La storia di Roma è ad un tempo storia del suo diritto. La costituzione romana in tutti i successivi suoi cambiamenti, i comizii, il senato, la distinzione di patrizj e plebei, il consolato, la dignità tribunizia, la censura e le altre magistrature, le confederazioni, l'amministrazione dei municipj, l'amministrazione delle provincie, i regolamenti sui tributi, (*tributum, stipendium, vectigal*) sui beni di dominio pubblico (*ager manu captus, publicus*), sulle colonie, sull'agricoltura,

diritto di natura che non possono ravvisare in un primitivo stato selvaggio estrasociale. Per noi il diritto naturale, lo ripetiamo, è l'eterna legge morale della giustizia, riconosciuta dalla coscienza e dalla ragione universale e che ha la sua fonte nell'autore stesso della natura. *Ius naturale est idea veri...... veri juris, verae jurisprudentiae principium.* — Vico, *De uno*, ecc. — Mentre Cinea di fronte a Fabrizio, ambasciatore dei Romani a Pirro, esponendo la dottrina di Epicuro, negava Dio e considerava la giustizia come una invenzione, e quindi mutabile, Fabrizio esclamò » Ottimo Giove, fa che Pirro ed Sanniti approvino tali dottrine, finchè sono in guerra contro i Romani. »

[1] Savigny, *System.* — V. Schäffner, *Entwickel. d. internat Privatrechts.* — Foelix, *du droit international privé.* — Laurent, *hist. du droit des gens et de relat. internat.*

[2] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 1, § 2. — Lib. 1 tit. 1. Inst. § 4.

[3] Lib. 1, tit. 1, Inst. § 4. — Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 1. § 2. — *Publicum* equivale in generale a *populicum*, e può riferirsi tanto alle regole del diritto, (diritto obbiettivo) quanto al diritto dei cittadini, (diritto subbiettivo).

[4] Ibid.

sull'industria, sul commercio, appartenevano al *jus publicum*, come vi appartenevano i saccrdozj, le cerimonie religiose, le forme, il tempo e l'opportunità per le azioni di legge (*legis actiones*), per i testamenti, per le arrogazioni, i giuramenti, ecc. Sono pure a notarsi per la loro specialità il *jus augurum*, il diritto degli auspicj, per mezzo dei quali, i più antichi magistrati e duci degli eserciti regolavansi nelle condizioni di guerra e di pace, nei rapporti pubblici e privati; e il *jus feciale* che comprendeva i varj rapporti di diritto internazionale dei primitivi popoli italici. Il *jus sacrum*, mentre era parte del diritto pubblico; *pubblicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit* [1] aveva una strettissima connessione con tutti i rapporti della vita civile del popolo. Scopo immediato del diritto sacro non era poi di istruire gli uomini e di renderli migliori, ma soltanto di trarre profitto dalla loro ignoranza coll'agire sull'immaginazione.

Non sono però abbastanza esatte le notizie che noi abbiamo sul *jus sacrum* dei Romani. Cicerone si lagnava, già fino dai suoi tempi, che il progresso delle idee avesse nociuto assai al *jus divinum*, ed a Gajo pareva pure, nel secolo secondo dell'èra nostra, che si desse alle cose sacre una importanza assai minore di quella, che vi era data anticamente. Nel quarto secolo poi si stabilì un culto affatto contrario al culto antico; e rimasero trascurate le fonti del diritto sacro precedente, poichè al diritto sacro venne sostituendosi, col culto nuovo, il diritto canonico, che nelle relazioni civili esterne riconosce le sue origini dall'*Edictum mediolanense* di Costantino.

La separazione fra il diritto pubblico e privato non era anticamente segnata con esattezza. Vari istituti appartenevano, sotto un riguardo, al diritto pubblico, sotto altri, al diritto privato; e non fu che col progressivo sviluppo istorico del diritto, che alcuni istituti cessarono di formar parte del diritto pubblico, in cui erano compresi per le speciali condizioni politiche e religiose, ed appartennero esclusivamente al diritto privato.

Il diritto pubblico ebbe una importanza assai più grande sotto la repubblica che sotto gli imperatori.

Il diritto privato ebbe invece sotto gli imperatori il suo maggiore sviluppo, la sua maggiore estensione.

[1] Lib. 1, tit. 1, Dig fr. 2.

Noi ci occupiamo soltanto del dirito privato, che secondo le nostre fonti è tripartito, perchè risulta da precetti naturali, da precetti di diritto delle genti e da precetti civili. *Dicendum est de jure privato, quod tripartitum est. Collectum est enim ex naturalibus præceptis, aut gentium aut civilibus.* [1]

§ 9. Diritto comune e diritto singolare.

È detto *jus commune*, quello che riguarda tutti i cittadini indistintamente. [2] Il diritto comune, in un frammento del Digesto è detto anche, *jus vulgatum* [3] e da alcuni interpreti è chiamato diritto *normale*.

Dicesi *jus singulare (jus exorbitans)* quello che risguarda soltanto una parte dei cittadini. *Jus singulare est, quod contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem, auctoritate constituentium, introductum est.* [4] Questo diritto singolare chiamasi *anomalo*, in opposizione al diritto comune o normale [5] Il diritto comune ha per fondamento l'*æquitas*, il diritto singolare ha per fondamento una *utilitas*, una *necessitas*, che possono reclamare disposizioni *contra rationem juris*. Il *jus singulare* è quindi eminentemente positivo.

I diritti che derivano dal *jus commune* diconsi poi *jura generalia;* e diconsi *jura singularia*, quelli che derivano dal *jus singulare*.

Gli *jura singularia* vengono anche sotto il nome di *privilegia; beneficia legis;* ma non è però a confondersi il *jus singulare, favorabile vel odiosum*, secondo che stabilisce una particolare estensione o restrizione dei diritti, contro il disposto del *jus commune*, [6] coi *privilegi* nel senso odierno e che nelle fonti prendono il nome di *personales constitutiones, privata privilegia*. I *beneficia juris*, o *privilegia*, per antonomasia, risguardano diritti, accordati ad una classe di cittadini, che riuniscono certe condizioni dalle leggi richieste. Il

[1] Lib. 1, tit. 1, Inst. § 4. — Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 1. § 2

[2] Lib. 38, tit. 6, Dig. fr. 15.

[3] Lib. 24, tit. 1, Dig. fr. 32, § 24.

[4] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 16.

[5] Keller, *Pandeckten* § 7. — Savigny, *System*. § 16.

[6] Il caso più ordinario, è che col *jus singulare* si costituisca un vantaggio, ed è perciò che questo *jus singulare* dicesi anche *Beneficium*, come ne abbiamo un esempio al lib. 50, tit. 1 *ad municipalem et de incolis* fr. 1, § 2. Però alcune volte è dal *jus singulare* stabilito un pregiudizio; tali sarebbero, per esempio, le prescrizioni del diritto romano relative agli Eretici ed agli Ebrei.

senatus consultum Vellejanum costituisce, per esempio, un *beneficium juris* per le donne; questo sarebbe detto pure *privilegium*, [1] ma non corrisponde al *privatum privilegium* delle fonti, al privilegio nel senso nostro, col quale dal potere legislativo, viene, in via di eccezione alle leggi vigenti, concesso un favore ad una persona o ad una cosa determinata.

§ 10. Dei privilegi, in particolare.

I privilegi si distinguono in privilegi personali, *privilegia personæ*, se in favore di una persona fisica o morale, e privilegi reali, *privilegia rei, causæ*, se annessi ad una cosa o ad un altro diritto.

Il privilegio è affermativo, se con esso si garantisce un diritto particolare. Ai privilegi affermativi appartengono i monopolj, *monopolia.* Il privilegio è negativo, se si dispensa alcuno da un obbligo, al quale tutti gli altri siano soggetti, *immunitas, excusatio, vacatio.*

Si distinguono pure i privilegi in onerosi, se sono concessi dietro la prestazione di una cosa o di un'opera, e gratuiti, se per mera liberalità.

Chi è privilegiato può giovarsi del privilegio contro chiunque. Questa regola non subisce una eccezione che rispetto a quegli che fosse munito del privilegio medesimo. *Privilegiatus, adversus aeque privilegiatum, jure suo non utitur.* [2]

Il privilegio concesso ad una persona fisica non può essere, di regola, esercitato che dalla persona stessa.

Il privilegio concesso ad una persona morale può esercitarsi, secondo la sua natura, o da ciascuno dei membri della comunità, o dai legittimi suoi rappresentanti.

Il privilegio reale può esercitarsi da chiunque sia possessore del fondo, a cui esso è inerente. Nel conflitto fra due privilegi, prevale il più favorevole; l'oneroso prevale al gratuito.

In quanto alla persona ed alla cosa a cui si riferiscono, i privilegi si interpretano estensivamente, e quindi, per più forte ragione, non si possono volgere mai a danno del privilegiato. *Beneficium im-*

[1] Così si hanno privilegi pei testamenti militari, per certe classi di persone esenti dalla tutela, per diverse classi di creditori, favorite in caso di fallimento, ecc.

[2] Lib. 8, tit. 18, Cod. L. 12.

peratoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus. [1] Non si possono però estendere nè ad altre persone, nè ad altre cose, comunque vi fosse la stessa ragione. *Privilegia ad exemplum non trahuntur.* [2] Per altro, in via di eccezione, se la natura del privilegio non vi si oppone, il privilegiato può cedere ad altri, a titolo gratuito od oneroso, l'esercizio del suo privilegio.

I privilegi hanno origine o per una disposizione speciale del potere legislativo, o per una prescrizione immemorabile, che racchiude presunta una legittima concessione.

I privilegi cessano: 1. per revoca del concedente. [3] I privilegi pattizj non possono sciogliersi che col concorso delle volontà delle parti contraenti, lo Stato ed i privilegiati. E quando il pubblico bene reclamasse la revoca o lo scioglimento di un privilegio, per equità, dovrebbero essere tenuti indenni i pregiudicati dalla revoca o dallo scioglimento del privilegio stesso.

I privilegi cessano pure: 2. col decorso del tempo, per il quale furono concessi, e se non è fissato un termine, colla morte della persona fisica a cui sono inerenti. Però, quando siano pattizj, passano per regola agli eredi. *In stipulationibus plerumque tam heredibus nostris, quam nobismetipsis cavemus.* [4] Se il privilegio è concesso senza limiti di tempo ad una comunità, non si estingue, che col cessare della comunità stessa.

I privilegi cessano altresì: 3. per rinunzia del privilegiato. La rinunzia può essere espressa o tacita. La rinunzia tacita non si presume mai, come non si presumono mai le donazioni; e la rinunzia ad un privilegio, per il rinunziante, sorte gli effetti di una donazione.

Finalmente cessano i privilegi, se reali: 4. colla distruzione della cosa a cui erano inerenti. Per altro il privilegio rivivrebbe col ricostituirsi della cosa, alla quale il privilegio apparteneva.

Se si estingua il privilegio col non uso per tutto il tempo della prescrizione, è un punto controverso fra gli interpreti del diritto romano. È detto espressamente che i privilegi delle fiere annuali si

[1] Lib. 1, tit. 4, Dig. fr. 3.
[2] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 14. — Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 162.
[3] Lib. 11, tit. 42, Cod. L. 3.
[4] Lib. 22, tit. 3, Dig. fr. 9.

estinguono pel non uso decennale. *Nundinis impetratis a Principe, non utendo, qui meruit, decennii tempore, usum amittit.*[1] Rispetto a tutti gli altri privilegi, una disposizione esplicita, che ne stabilisca l'estinzione per la prescrizione, non l'abbiamo nelle leggi romane. Nel diritto canonico è ammessa la perdita di un privilegio col non uso di esso per trent'anni, e pei privilegi della chiesa col non uso di quarant'anni.

§ 11. Diritto statutario.

Come al *jus commune* si contrappone il *jus singulare*, al *jus generale* è contrapposto il *jus particulare* o diritto statutario, che è quel diritto per una provincia, per un distretto o paese dello Stato, col quale si deroga a qualche disposizione del diritto generale, o si dispone intorno a ciò, su cui non si hanno disposizioni nel diritto generale.

Quindi gli statuti si distinguono dagli interpreti in istatuti *contra jus* e *præter jus.* Ove il diritto romano era, ed è tuttora in vigore, alcuni paesi avevano, ed hanno tuttavia un diritto particolare negli statuti, massime rispetto alle successioni, alle doti, alle servitù prediali.

Ad ogni modo siccome la deroga ad una legge non si presume, l'attività di uno statuto *contra jus* deve essere provata; e quando lo statuto esista, sarebbe esclusa, nell'applicazione di esso, l'interpretazione analogica, perchè si presume in vigore la regola generale, quando non sia chiaramente fatta una eccezione.

§ 12. *Jus scriptum, Jus non scriptum.*

In due modi manifesta un popolo la sua volontà giuridica; sotto forma di *leggi*, debitamente pubblicate, e sotto forma di *consuetudini.* Coi progressi della civiltà sorge e si sviluppa anche la *scienza* del diritto civile, ed i sentimenti giuridici del popolo, oltre essere manifestati dalle consuetudini e dalle leggi, sono altresì espressi in concetti tecnici, in regole astratte, in determinazioni rigorose, dall'ordine

[1] Lib. 50, tit. 11, Dig. fr. 1.

dei giureconsulti, nei lavori teorici e nella pratica applicazione. Da qui le distinzioni di *jus scriptum*, *jus non scriptum*. *Jus nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto.* [1]

Jus scriptum prendesi da alcuni interpreti in senso grammaticale; ed è il diritto ridotto in iscritto, senza distinguere, se abbia le sue origini nelle consuetudini o nelle leggi; ed in questo senso Giustiniano dice essere derivata la distinzione di *jus scriptum* e *jus non scriptum* dagli istituti di Atene e di Sparta; poichè in Isparta le leggi si affidavano alla memoria, e in Atene si consegnavano ai libri. [2]

Altri giureconsulti intendono invece per *jus scriptum*, quello che è promulgato, che è sanzionato dalle leggi, e *jus non scriptum*, il diritto scientifico, il diritto consuetudinario, *jus moribus introductum*, sia poi o no l'uno o l'altro diritto ridotto a scrittura; e, in tale significato, non è più la circostanza materiale della scrittura, che distingue il *jus scriptum* dal *jus non scriptum*, ma il modo con cui il diritto viene portato a cognizione del pubblico. Le leggi di Licurgo erano a Sparta un diritto scritto, sebbene affidate alla memoria; come, in altri tempi, il diritto feudale fu un diritto non scritto, sebbene le consuetudini feudali fossero realmente ridotte a scrittura.

E pare che, pei Romani, non fosse, per la sola circostanza materiale della scrittura, distinto il *jus scriptum* dal *jus non scriptum*, ma bensì per la forma, con cui, giusta la romana costituzione, si manifestava il potere legislativo; e quindi, una regola di diritto apparteneva al *jus scriptum*, quando emanava, nei modi costituzionali, dal popolo o da chi fosse riconosciuto universalmente, come un giuridico rappresentante della volontà del popolo stesso, [3] ed apparteneva invece al *jus non scriptum*, quando, una regola di diritto si costituiva colla pratica, cogli usi, coi costumi. *Ex* NON SCRIPTO *jus venit, quod usus comprobavit.* [4] *Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quæ* NON EX SCRIPTO *descendunt, observari solet.* [5]

[1] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 3. — Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 6.
[2] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 10. — V. Savigny, *System.*
[3] T. Marezoll, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes.*
[4] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 9.
[5] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 33. — V. Puchta, § 15. — Savigny, 1, § 22. — Schilling, § 10. — Vangerow, § 12. — Keller, § 5.

TITOLO SECONDO.

FONTI DEL DIRITTO ROMANO.

§ 13. *Patrii mores* delle antiche stirpi italiche.

Per fonte di diritto s'intende il principio, d'onde il diritto deriva. E nelle consuetudini e nelle leggi sono appunto le origini di ogni diritto. [1]

È noto come, fra i primitivi popoli italici, ci si presentino distinti i SABINI o QUIRITI, gli ETRUSCHI ed i LATINI; come Roma, comune latino, tragga, secondo le tradizioni classiche, le sue origini da Alba, e, per Alba e Lavinio, da Troja, la grande città pelasga; come al comune latino, unitosi un popolo d'origine sabina, si ebbero i due comuni *Romani* e *Quirites;* e come, dopo qualche tempo, colla unione di un comune etrusco, i tre popoli formassero un solo municipio; annessione, che rimase ricordata nelle tre tribù, dei *Ramnes* o *Ramnenses*, i PRISCI-LATINI; dei *Taties* o *Tatienses*, i SABINI o QUIRITI; dei *Luceres*, gli ETRUSCHI.

Nei primordii, Roma non ha leggi determinate, non un diritto certo. Suppliscono i *patrii mores* delle diverse stirpi italiche, Latine, Sabine, Etrusche; ma forse, con una prevalenza, le consuetudini latine di Alba.

§ 14. *Leges regiæ.*

Con Romolo si hanno le prime origini di un diritto scritto, sia con editti pubblicati all'Albo regio, sia con leggi proposte nei comizii per curie; e questo sistema continua coi re successivi [2].

[1] Intorno alle fonti del diritto romano qui non sono che abbozzate alcune idee per servire all'ordine nella trattazione della materia. Alcuni maggiori cenni gli abbiamo fatti nella nostra *Introduzione allo studio del diritto romano.* Pavia 1860.

[2] In origine la sovranità nazionale risiede nel *populus romanus*, rappresentato nei comizj per curie; ma in questi il corpo deliberante non è che di patrizj. Più innanzi il *populus romanus* è rappresentato dalla unione di tutte lo classi del popolo stesso, alle quali per ragione di censo, appartengono e patrizj e plebei. Questa unione dicesi *comitiatus maximus, comitia* semplicemente, o *comitia centuriata,* dall'essere una radunanza per centurie.

Le più antiche leggi di Roma vengono quindi sotto la denominazione di *leges regiæ; leges curiatæ; leges interregiæ* [1]. Si vuole che queste leggi siano state da un Pontefice, Gajo o Sesto o Publio Papirio, raccolte ai tempi, in cui regnava Tarquinio il superbo, o tosto dopo l'espulsione dei re; e questa collezione è conosciuta sotto il nome di *Jus regium; Jus civile papirianum; Lex papiria* [2]. Ma nessun frammento giunse sino a noi di queste leggi regie nella loro forma originaria; e quel poco che ci si presenta sotto il nome di *leges regiæ* è dalla critica impugnato [3].

§ 15. Leggi delle XII Tavole.

Caduto il governo dei re, molte leggi regie avevano perduto di autorità; e si era fatto ritorno all'incerto diritto consuetudinario delle varie stirpi primitive.

Dopo varie lotte fra patrizj e plebei fu fatta dai tribuni la proposta di un diritto nazionale scritto, in cui avessero a fondersi le consuetudini varie, e che fosse certo, determinato ed uniforme, in luogo del diritto esistente, incerto, arcano ed ineguale [4].

Da qui l'origine della famosa collezione di leggi, approvata dai comizi di Roma, e che fu detta *lex decemviralis; Lex XII Tabularum*, dai decemviri che le avevano redatte e dalla forma con cui furono esposte [5]. Colle XII Tavole il diritto dei Quiriti fu esteso in massima anche ai plebei, sebbene rimanessero, in via di eccezione, ad essi ancora incomunicati i connubj, i magistrati, i sacerdozj. Il diritto delle XII Tavole sarebbe quindi una sintetica espressione dei precedenti diritti italici, una fusione delle antiche consuetudini latine, osco-sabine ed etrusche in un unico sistema omogeneo, in un solo diritto nazionale, con una maggiore eguaglianza fra l'ordine dei patrizi e dei plebei.

Le XII Tavole racchiudevano i germi di molte istituzioni che potevano ricevere, e ricevettero infatti, col progresso dei tempi, il loro

[1] V. Cic. *de repub.* II, 13-21. — Tit. Liv. XL. 29.
[2] Lib. 1, tit. 2, Dig. fr. 2, § 2. — Glück *de jure civ. Papiriano lib. sing.*
[3] Terasson, *Hist. de la jurispr. romaine.*
[4] Tit. Liv. III, 32.
[5] Lib. 1, tit. 2, Dig. fr. 2, § 4. — *In aes incisas publico proposuerunt.* Tit. Liv. III, 57,

sviluppo, in modo che, per ben dieci secoli, cioè fino a Giustiniano, servirono di base al diritto civile dei Romani [1].

A questo continuo e progressivo svolgimento del diritto servì lo *scriptum jus: leges; plebiscita; senatusconsulta; magistratuum edicta; responsa prudentium;* e, poichè alla repubblica si sovrappose la monarchia, *principum placita* [2]. Vi servì pure il *jus non scriptum*, nelle consuetudini.

§ 16. *Leges et Plebiscita.*

Più comunemente sotto l'espressione, legge, si accenna il *jus scriptum*, in opposizione alle consuetudini.

Avuto poi riguardo al modo, con cui veniva una legge, *lex*, costituita presso i Romani, essa è definita: una deliberazione del popolo sulla proposta di un magistrato senatorio. *Lex est, quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat* [3].

[1] Delle XII Tavole non giunsero a noi che pochi frammenti, sparsi nelle opere degli autori, particolarmente, di Cicerone, di Aulo Gellio, di Festo e dei giureconsulti Ulpiano e Gajo, frammenti, che non bastano per dare sopra di esse un fondato giudizio, indipendente dall'autorità degli antichi scrittori. V. Cic. *de legibus* II, 23; *de orat.* I, 43, 44. — Tit. Liv. III, 4. Tacit. *Ann.* 27. = V. Jac. Gothofredus, *Quatuor fontes juris civilis.* — Gravina, *Orig. jur. civ.* — Haubold, *Inst. jur. rom. priv. hist. dogm. epitome.* — Dirksen, *Uuebersicht der bisherigen Versuche zur Critik und Herstellung des Textes der XII T. Fragmente.* — C. Zell, *Legum XII T. fragm. cum var. lectionum delectu.*

[2] Queste sarebbero, secondo Giustiniano, le fonti del diritto scritto. — *Omnia, quæ in libris Justiniani continentur, auctoritate Justiniani nituntur. — Ex quo Justinianus responsa prudentum in digesta retulit, jus scriptum esse cœperunt.* Heineccius.

[3] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 4. — Heineccius, *Antiq. rom.* 1, 2, § 1-14. — Dalla storia si rileva, come i prudenti venissero incaricati di preparare il progetto di legge; come venisse questo ordinariamente discusso in senato, che emetteva un *Sc. de lege ferenda;* come il progetto stesso fosse *per trinundinum* promulgato, affinchè il popolo ne prendesse cognizione; e come venisse portato poi ai comizj per centurie. Nei comizj, esaurite le cerimonie religiose, veniva la legge proposta coll'invito, *rogatio*, che il popolo volesse, co'suoi voti, accoglierla « VELITIS. JUBEATIS QUIRITES.... HOC ITA UTI DIXI, ITA VOS QUIRITES ROGO. » Un magistrato che proponeva la legge, *auctor legis*, soleva pronunziare un discorso per sostenere la sua proposta, che era pure difesa dagli oratori che convenivano nelle vedute del magistrato proponente, *suasores legis*, e combattuta dal partito dell'opposizione, rappresentato dai *dissuasores*.

Nelle adunanze comiziali si opponevano poi talvolta alla votazione delle leggi gli Auguri, prendendo pretesto da circostanze accidentali o da naturali fenomeni « *Ne quid inaugurato faciunto* » *Iove tonante cum populo agere nefas*. In origine la *lex*, ossia la deliberazione del popolo, rappresentato dai comizj per centurie o comizj militari, doveva essere sanzionata anche dai comizj per curie o Sacerdotali.

Dalla legge differiva il plebiscito, che era una deliberazione della plebe, sulla proposta di un magistrato plebeo, come un tribuno. *Plebiscitum est, quod plebs, plebejo magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat* [1].

I plebisciti, siccome emanavano non dal popolo, ma dalla sola plebe, non ebbero da principio un' autorità per tutti obbligatoria. Ma per la legge Ortensia ebbero i plebisciti una attività pari a quella delle leggi. *Sed et plebiscita, lege Hortensia lata, non minus valere, quam leges cœperunt* [2].

La plebe differisce poi dal popolo, come la specie dal genere, e più esattamente, come la parte differisce dal tutto. Sotto la deno-

In quanto all' ordine nelle votazioni, sappiamo, come in origine era chiamata a dare il voto nei comizj per centurie innanzi tutto la classe avente il maggior censo, per cui ottenendosi la maggioranza di voti, di rado venivano chiamate a votare le classi inferiori. In seguito si usò l' estrazione a sorte delle centurie che dovevano dare il voto innanzi alle altre. Da qui la *prærogativa*, ossia il suffragio della centuria chiamata la prima a dare il voto. Poichè non si diede più il voto a viva voce, si emise il voto stesso col deporre una tavoletta portante le lettere U. R. *uti rogas*, per accogliere la proposta, o una tavoletta colla lettera A. *antiqua probo*, per respingerla. Dalla enumerazione dei voti risultava, se la legge era approvata, *scita vel perlata*, o respinta, *antiquata*.

[1] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 4. — Gajus, I, 3. — Aul. Gell. *Noctes atticæ*, XV, 27. Theophilus *Paraph*.

[2] Ibid. — Sappiamo, come i plebei tenessero proprio adunanze, *concilia*, per l'elezione dei tribuni e per deliberare sulle proposte dei tribuni stessi. Le deliberazioni di questi Consigli dei comuni, *comitia tributa*, prendevano appunto il nome di *plebiscita*; ma non avevano forza obbligatoria, perchè i consigli dei comuni non rappresentavano il popolo, perchè non vi partecipava il senato alle deliberazioni, come nel comizj per centurie, e inoltre, perchè vi mancava altresì la sanzione dei comizj per curie o sacerdotali. Per altro una *lex Horatia Valeria* (305, u. c.) aveva attribuita una forza obbligatoria alle deliberazioni doi comizj tributi: *ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret*; autorità confermata anche dalla *lex Publilia* (416, u. c.) *Ut plebiscita omnes Quirites tenerent*. Dopo la *lex Hortensia* (468 u. c.) non fu disputata più la forza obbligatoria dei plebisciti. — Una legge del dittatore Publilio non ritenne necessaria, alla forza obbligatoria delle *leges* dei comizj per centurie, la sanzione dei comizj per curie; laonde l'importanza di questi rimase circoscritta a rapporti di mera forma. Così si ritenne da una *lex Maenia* che le deliberazioni dei comizj per centurie fossero indipendenti dall' intervento del senato. » *Ut Senatus in incertum comitiorum eventum* auctor *fieret*. Il potere legislativo, dopo la *lex Hortensia* risiedette quindi in due corpi deliberanti; nei *comitia centuriata*, da cui le *leges* con una votazione per centurie; nei *comitia tributa*, da cui i *plebiscita*, a suffragio universale. I Romani, nemici delle violente rivoluzioni, piuttosto che distruggere le istituzioni vecchie, lasciavano queste insensibilmente prive della loro forza, collocando di fronte ad esse istituzioni nuove, reclamate dal mutare dei tempi, dei bisogni, delle idee. Così i comizj per curie finirono, col progresso del tempo, ad essere rappresentati simbolicamente soltanto da 30 littori, assistiti dagli auguri e dai pontefici: così i comizj per centurie rimasero pure alla loro volta soverchiati dalla prevalenza dei comizj tributi.

minazione di popolo si comprendono tutti i cittadini, anche i patrizj ed i senatori: sotto la denominazione di plebe si accennano i cittadini, esclusi i patrizj ed i senatori. *Plebis appellatione, sine patriciis et senatoribus, cæteri cives significantur* [1].

§ 17. *Senatusconsulta.*

Il senatoconsulto è un decreto del senato. *Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit* [2].

Il giureconsulto Pomponio, e con lui Giustiniano asseriscono che, per essersi soverchiamente aumentato il popolo romano, il diritto di approvare le leggi si dovette trasferire dai comizj al senato. *Deinde, quia difficile plebs convenire cœpit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam reipublicæ ad senatum deduxit* [3]. Con maggiore verità storica si avrebbe dovuto dire, che, per essersi mutata la costituzione di Roma, e per essersi concentrato il potere supremo negli imperatori, le deliberazioni dei comizj non erano più in armonia col nuovo ordine di cose, e che alle deliberazioni dei comizj eransi sostituite le deliberazioni del senato, che non era poi che un organo della volontà del principe, dal quale il senato stesso ripeteva la sua forza ed autorità [4].

Come sotto la repubblica erano precipua fonte di diritto i plebisciti, sotto gli imperatori, massime da Tiberio a Settimio Severo, furono una fonte precipua di diritto i senatoconsulti.

Il senatoconsulto portava d'ordinario il nome del relatore o il nome dei consoli o dell'imperatore che ne avevano fatta la proposta. *Sc. Claudianum; Neronianum; Trebellianum.* Un solo senatoconsulto, per quanto ci risulta dalle fonti, non porta il nome di chi lo propose, ma di chi fu occasione al medesimo; e sarebbe il *Sc. Macedonianum*, da certo Macedone, che avrebbe ucciso il padre per soddisfare, coll'eredità paterna, i proprii creditori [5].

[1] Ibid.
[2] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 5.
[3] Lib. 1, tit. 2, Dig. fr. 9. — Lib. 1, tit. 2, Inst. § 5.
[4] Tacito, I. *Annal.* — Svetonio, *in Tib.*
[5] Durante la libera repubblica, il senato aveva la suprema amministrazione degli affari pubblici, e nelle sue attribuzioni amministrative e consultive adempiva un ufficio moderatore, stringendo colla prudenza il freno ai desideri, che reputasse intemperanti del comune; ed il comune

§ 18. *Edicta magistratuum.*

Gli editti dei magistrati, e fra questi, principalmente gli editti dei pretori costituiscono una importantissima fonte di diritto privato. *Prætorum edicta non modicam obtinent juris auctoritatem* [1].

Il diritto costituito dagli editti dei pretori e degli altri magistrati suole chiamarsi *honorarium;* ed è quello, che meglio riproduce il progressivo sviluppo storico del diritto, nella transizione degli elementi generali del *jus gentium* nel *jus civile* dei Romani. *Jus prætorium est, quod prætores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corri-*

dal suo lato, col veto tribunizio, impediva la soverchia preponderanza dello stesso senato. Del resto non pare che debba dubitarsi della forza obbligatoria dei senatoconsulti anche durante la repubblica. Infatti Cicerone amantissimo degli ordini repubblicani e che viveva durante l'attività degli ordini stessi, tra le fonti del diritto, comprende egli pure, oltre le *leges*, i *senatusconsulta*. Fino dall'epoca in cui si riconobbe la forza obbligatoria dei plebisciti, probabilmente fu riconosciuta l'autorità di legge anche nei senatoconsulti. Ad ogni modo ben pochi furono certamente, nei rapporti di diritto privato, i senatoconsulti sotto la repubblica. A noi non fu conservata la memoria che del *Sc. Silanianum;* e questo pure è dei tempi di Augusto.

Intorno ai senatoconsulti è a notarsi, che, se interveniva il veto dei tribuni, non si aveva più un *senatusconsultum*, ma *senatus auctoritas*. È puro a notarsi che, sotto il governo imperiale, il *senatusconsultum*, che non fosse proposto dall'imperatore, ad *orationem*, per *epistolam*, per *libellum*, o col mezzo di un *quæstor candidatus*, non aveva forza obbligatoria che dopo la sanzione dell'imperatore stesso, spettandogli il diritto di veto per l'autorità tribunizia, di cui era investito. Osservano poi gli eruditi che, a differenza dei comizj, la formola di proposta avanti il senato non era di preghiera, ma imperativa. « *Quid fieri placet?* » *Quid vobis videtur?* Alle deliberazioni del senato presiedevano i consoli. Primo a votare era il senatore anziano. Ciascun senatore, chiamato a daro il suo voto lo esprimeva colla formola « *de ea re ita censeo.* » Se conveniva con un voto già espresso « *assentior.* » Se credeva di aggiungere qualche cosa « *assentior et hoc amplius censeo.* » Nelle deliberazioni i votanti si univano molte volte dalla parte di quelli, nella cui sentenza avevano convenuto, *aut verbo assentiebantur aut pedibus in sententiam ibant.* P. Manutius, *De sen. rom.* — Brisson, *De form.* — Terasson, *Hist. de la jur. rom.*

[1] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 7. — In origine il *Prætor*, incaricato dell'amministrazione della giustizia civile, non era competente che quando i contendenti erano cittadini romani: *inter cives jus dicebat.*

Collo estendersi della cerchia dello Stato romano, e quindi, collo estendersi anche dei commerci, per l'applicazione del *jus gentium* nei rapporti varj dei cittadini coi forestieri e dei forestieri fra di loro, fu eletto in Roma un' altro Pretore, che si disse *Prætor peregrinus;* laonde rimase distinto il pretore che già preesisteva colla denominazione di *prætor urbanus;* e come il *prætor urbanus inter cives jus dicebat;* il *Prætor peregrinus plerumque inter peregrinos jus dicebat.* — Lib. 1, tit. 2, Dig. § 28.

Il *Prætor urbanus* amministrava la giustizia col *jus civile;* il *Prætor peregrinus* col *jus commune, idest, omnium gentium.*

gendi juris civilis gratia, propter utilitatem pubblicam: quod et honorarium dicitur, AD HONOREM *prætorum sic nominatum* [1]; e forse con maggiore esattezza, *quod* AB HONORE *prætorum venit.*

È veramente mirabile il modo, col quale i Pretori, conservando la debita riverenza al *jus civile*, ne correggevano con benigne interpretazioni il soverchio rigore, facendo prevalere lo spirito della legge al dettato della legge stessa; ora, giovandosi di finzioni, *fictiones*, come, per esempio, nel ritenere usucapita una cosa che non fosse ancora usucapita; ora, concedendo un diritto sotto una nuova forma

Pei cittadini romani, le XII Tavole erano sempre la base del loro diritto, e come, col mutarsi dei bisogni, ne riusciva alcune volte difficile l'applicazione, i prudenti ed i magistrati studiavano tutti quei modi ingegnosi pei quali, lasciandosi alla legge quella venerazione che è il fondamento dell'ordine morale e giuridico, fosse la legge stessa, nel suo soverchio rigore, corretta, nell'oscurità interpretata, nel silenzio supplita. E in questo ufficio di conciliare il *jus civile* coll'*aequitas*, i magistrati facevano convergere sempre più il diritto nazionale romano al diritto che è l'espressione della coscienza universale. All'uopo i *magistratus juri dicundo*, specialmente, entrando in carica, solevano pubblicare, in forma di editti, le norme che avrebbero osservate nell'amministrare la giustizia, durante l'anno della loro carica: *ut scirent cives, quod jus, de quaque re, quisque dicturus esset, seque præmuniret, edicta proponebant* — Lib. 1, tit. 2, Dig. § 10.

Era adunque una professione di principii, un programma delle sue convinzioni giuridiche, che pubblicava il Pretore.

Il programma delle norme che i pretori pubblicavano assumendo la carica e che essi medesimi dovevano rispettare per tutto il tempo che durava la magistratura dicevasi *edictum perpetuum; edictum jurisdictionis perpetuæ causa propositum; edictum annuum; lex annua;* ed anche semplicemente *edictum*.

Non erano poi i soli pretori, che pubblicassero editti ed ordinanze, ma tutti i magistrati superiori di Roma, dittatori, consoli, edili curuli, tribuni del popolo, nella sfera della loro attività. Il *jus dicendi* era pure esercitato coll'*edictum provinciale* dai propretori e dai proconsoli nelle provincie.

L'editto che pubblicavano, entrando in carica gli Edili Curuli, conteneva regole di polizia; molte di esse avevano pure una importanza notabile anche nel diritto privato, riferendosi alle vendite e compere, ad alcuni modi di garanzia. L'*actio redhibitoria* e l'*actio quanti minoris* hanno la loro fonte nell'editto degli Edili. *Jus edicendi habent magistratus populi romani, sed amplissimum jus est in edictis duorum prætorum, urbani et peregrini; item in edictis aedilium curulium* (Gajus I, 6).

Forse era avvenuto che alcuni pretori dello stampo di Verre mutassero con editti nuovi, ciò che avevano da principio promesso di rispettare: e questi fatti, provocarono la *lex Cornelia* nel 687 di Roma « *ut prætores ex edictis suis perpetuis jus dicerent.* »

L'editto in tutto o in parte formato sugli editti delle precedenti preture, che fossero stati confermati dai successori, dicevasi *edictum tralatitium*.

Un editto recente, costituito da nuove regole di diritto, dicevasi *edictum novum*.

Edicta repentina erano gli editti che i pretori rendevano in casi particolari; così gli *edicta peremptoria*.

[1] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 7. — Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 7.

da essi introdotta, perchè non avrebbero potuto concederlo sotto la forma del *jus civile*, per esempio, una eredità, sotto il nome di *bonorum possessio*, a quelli, ai quali era l'eredità negata dalla legge, ora valendosi di eccezioni, *exceptiones, præscriptiones*, per rendere prive di effetto le azioni, derivanti dal diritto civile, ora del rimedio delle *restitutiones in integrum*, onde sciogliere per motivo di equità un contratto valido, secondo lo stretto diritto, ma dannoso ad un terzo, o per risarcire in qualche altro modo il danno alla parte lesa [1].

Nella applicazione pratica, il *jus civile* non aveva una superiorità al *jus honorarium*. Ma il *jus honorarium* non era operativo che nella cerchia della giurisdizione del magistrato da cui emanava, e di regola per la durata della sua carica. Il *jus civile* non aveva limiti nel tempo e poteva estendersi a tutte le parti dell'impero. Inoltre, se i decreti del popolo, i senatoconsulti, le costituzioni imperiali creavano un diritto nuovo, gli editti dei magistrati non potevano creare veramente un diritto nuovo, ma interpretavano soltanto il diritto esistente, però con una tale indipendenza nelle interpretazioni, da non essere limitata che dalla temporaneità della magistratura. Non si può confondere il *jus honorarium*, col *jus gentium*. Il *prætor urbanus*, ammetteva alcuni principj, in opposizione anche alla *naturalis ratio*, se reclamati da una *ratio utilitatis*, particolare alla romana repubblica. Era il *prætor peregrinus*, che, chiamato ad applicare in Roma principj giuridici, non riconosciuti sempre dal diritto dei Romani, non conformava il suo editto che al solo *jus gentium*.

Servio Sulpicio, l'amico di Cicerone, aveva ridotto in un compendio gli editti dei pretori. Ed Offilio, scolaro di Servio Sulpicio, aveva con ordine disposte le regole di diritto in vigore. *Edictum prætoris primus diligenter composuit Ofilius* [2].

Per consiglio o comando di Adriano, il Pretore Salvio Giuliano ordinò l'editto perpetuo; e il suo lavoro servì di testo, come un'opera legislativa, anche per commenti ed illustrazioni. L'*edictum per-*

[1] L'estensione degli officj del pretore era espressa nelle parole DO, DICO, ADDICO. Le azioni, le formole, gli interdetti introdotti dall'editto del pretore portano comunemente il nome dell'autore; *Publiciana in rem actio; Octaviana formula; Carbonianum interdictum.* Nelle citazioni degli editti si ricordano alcune volte le prime parole dell'editto; *edictum, unde vir et uxor; edictum, unde liberi.*

[2] Lib. 1, tit. 2, Dig. § 44.

petuum Salvii Juliani, detto anche *Edictum perpetuum divi Hadriani*, è quello che si trova in frammenti nel Digesto.

§ 19. *Responsa prudentium.*

Grande fu l'influenza dei giureconsulti nella formazione del diritto e per la coltura scientifica e per l'esperienza loro negli affari.

Responsa prudentium, diconsi le opinioni e le sentenze dei giureconsulti, ai quali spettava il JUS RESPONDENDI: *Sententiæ et opiniones eorum, quibus permissum erat jura condere* [1].

Durante la repubblica le opinioni e le sentenze dei giureconsulti non avevano una autorità obbligatoria, se non in quanto fossero accolte negli usi, come un diritto consuetudinario, non essendo allora i giureconsulti rivestiti di un carattere pubblico.

Augusto fu il primo che accordò ad alcuni giureconsulti il privilegio di interpretare il diritto, sotto la sua autorità, *ex auctoritate ejus*, e di emettere *responsi*, che i giudici dovessero rispettare come leggi, *legis vice*, in quanto non vi fosse un contrario *responso* di altro giureconsulto, egualmente autorizzato [2].

L'imperatore Adriano riconobbe, nei *viri prætorii*, il *jus respondendi*, senza esigere che gli fosse diretta una dimanda, perchè potesse da loro essere esercitato questo diritto. *Optimus Princeps Hadrianus, quum ab eo* VIRI PRÆTORII *peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis: hoc non peti, sed præstari solere; et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari, si populo ad respondendum se præpararet* [3].

Lo stesso imperatore Adriano stabilì poi, con precisione, l'autorità che dovevano avere i *responsi* dei giureconsulti, che cioè, se vi era unanimità nelle opinioni di essi giureconsulti, le loro sentenze avessero allora forza di legge: *Si in unum sententiæ concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet*: e se vi era invece diversità di parere, il giudice potesse scegliere quella opinione che credeva più equa: *si vero dissentiunt, judici licet, quam velit, sententiam sequi* [4].

Relativamente alla letteratura scientifica importa altresì di ricor-

[1] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 8. — GAII, Inst. comm. 1, § 7.
[2] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 8. — Lib. 1, tit. 2, Dig. fr. 2, § 47.
[3] Ibid.
[4] Gaii, Inst comm. 1, § 7.

dare le costituzioni di Costantino del 321 e del 327, colle quali egli sottopose a certe regole l'applicazione delle opinioni, espresse in alcune opere giuridiche. Nella prima costituzione si toglie l'effetto alle Note di Ulpiano e Paolo sopra Papiniano; e colla seconda, si conservano le opere di Paolo, e massime le sue RECEPTÆ SENTENTIÆ.

Giova pure ricordare la famosa costituzione di Teodosio II, e Valentiniano III del 426, conosciuta sotto il titolo di *Legge delle citazioni*, che diede autorità obbligatoria alle opere dei cinque grandi giureconsulti, Papiniano, Paolo, Gajo, Ulpiano e Modestino, ed a quelli, fra gli antichi giureconsulti, le cui opinioni fossero state accolte e spiegate dai cinque succennati, meno le *Note* di Ulpiano, e Paolo sopra Papiniano che erano già state vietate da Costantino e che non dovevano avere alcun valore. In detta costituzione era altresì stabilito, che, nel caso di opinioni discrepanti, decidesse la pluralità; e se le sentenze fossero eguali da una parte e dall'altra, dovesse prevalere l'opinione di quei giureconsulti, che fosse stata accolta anche da Papiniano; quando poi non si avesse di Papiniano alcuna sentenza, la decisione venisse rimessa al prudente arbitrio del giudice.

Dall'autorità de' giureconsulti si rilevano i principii del diritto che vengono sotto le espressioni di *receptæ sententiæ*, *proverbia*, *interpretatio*, *disputationes fori*. Siffatti principii formano quella parte del diritto romano, tanto lodata, e conosciuta sotto il nome di *juris ratio;* ed è questo *jus civile,* che, nella sua miglior parte, ci fu conservato nel Digesto, massime nelle teorie relative ai contratti, alle disposizioni testamentarie, alla proprietà, alle servitù.

Giustiniano infatti ridusse ad una maggiore semplicità questa fonte del diritto, comprendendo, per così dire, in un *principis placitum*, quella sola parte della letteratura giuridica, sparsa prima in centinaja e centinaja di volumi, che accolse nel suo Digesto. Il Digesto, che comprende la letteratura giuridica, perde quindi, in certo modo, il carattere di *Jus*, scienza, ed assume quello di *jus,* leggi, emanate dall'autorità imperiale. Giustiniano, quasi avesse un fidecommesso legislativo perpetuo, vietò, per l'avvenire, ogni nuova letteratura giuridica, ed impose, come verità esclusive, le dottrine, accolte nella sua legislazione, che temeva, potessero essere alterate da un libero esame scientifico. Per altro, premesso che un divieto di simil genere è già per sè inapplicabile, sta infatti, che un diritto consuetudinario generale tolse questa interdizione, e la storia ci dimostra, quale estensione abbia avuto la letteratura giuridica, da Irnerio ai nostri giorni.

§ 20. **Costituzioni imperiali,** *Principum placita.*

Poichè rimase sovrapposta la monarchia alla repubblica la volontà del principe ebbe forza di legge, avendo il popolo, si dice, trasferito in lui il suo imperio, la sua podestà. *Quod principi placuit, legis habet vigorem, utpote quum* LEGE REGIA, *quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne imperium suum et potestatem contulit* [1].

E questa *lex de imperio,* chiamata *lex regia* dai compilatori della collezione giustinianea, non può essere altrimenti interpretata che, o come una concessione di pieni poteri ad Augusto, *reipublicæ constituendæ causa,* o come una espressione che comprende in modo sintetico i varii plebisciti e senatoconsulti, con cui vennero attribuiti o confermati in Augusto i poteri che erano inerenti alle varie magistrature, che il popolo co' suoi suffragj avea creduto bene di concentrare in lui. Di qui la denominazione di *Lex Augusti* al decreto del Senato con cui, *pro forma,* quando non si radunarono più i comizj, venivano riconosciuti nei nuovi imperatori i poteri già esercitati da Augusto.

Ad ogni modo non v'ha dubbio che col governo imperiale ebbe luogo una nuova fonte del diritto; le costituzioni dei principi; *constitutiones principum, principum placita;* e queste ordinanze imperiali possono essere di varie specie: *rescripta; decreta; edicta; mandata.*

I *rescritti* sono risposte in iscritto, date dall'imperatore sopra questioni di diritto, a lui proposte in rapporti individuali. In quanto alla forma esterna, la risposta poteva essere attergata alla domanda, *adnotatio, subscriptio;* o espressa con lettera separata, *epistola;* o con un atto solenne, *pragmatica sanctio.* Una tale risposta poteva essere resa o sopra dimanda di una delle parti, *libellus,* o dietro dimanda di un magistrato, *relatio, consultatio.*

Se è indicata una regola di diritto, come fondamento della decisione, i rescritti prendono il carattere di *rescripta generalia.*

I rescritti sono leggi nei casi in cui sono dati; e sebbene non possano estendersi ad altri casi e ad altre persone, sono però di una grande autorità nei casi consimili. Siccome il rescritto racchiudeva un diritto acquistato dalla parte che lo aveva invocato, e siccome

[1] Lib. 1, tit. 4, Dig. fr. 1, pr. — Lib. 1, tit. 2, Inst. § 6. — Gaii, Inst. comm. 1, § 5.

poteva invocarsi all'appoggio di fatti esposti incompletamente o falsamente, alcune formalità esterne, da cui i rescritti venivano circondati, valevano a prevenire questo inconveniente; e d'altronde, l'avversario poteva provocare un'inchiesta sul modo, con cui il rescritto erasi ottenuto.

I *decreti* sono decisioni interlocutorie o definitive, che il principe emette nell'esercizio della sua autorità giudiziaria, dopo avere presa cognizione dei fatti, *cognoscens decrevit,* in un processo, esistente presso di lui o per richiamo fattone, o per appellazione dalle sentenze di magistrature inferiori. Le idee di *judicium* e di *res judicata* non si applicavano rigorosamente alla giurisdizione imperiale. Le decisioni imperiali avevano una maggiore autorità delle decisioni dei tribunali ordinari; i giureconsulti ne facevano delle raccolte, e molte volte esse decisioni servivano di fondamento ad una nuova regola di diritto. Giustiniano poi stabilì che le regole di diritto, fondate nelle decisioni definitive, avessero forza di legge in tutti i casi consimili, mentre prima di lui non avevano per sè forza di legge che nei casi particolari in cui erano emesse [1].

Gli *editti* sono ordinanze che il principe pubblica, *motu proprio*, e risguardano i casi futuri, a differenza dei rescritti e dei decreti, che risguardano contestazioni insorte e diritti dimandati. Questa specie di costituzioni è coordinata agli istituti della repubblica. Il principe emetteva gli editti in virtù di una magistratura di cui era investito, come emettevano editti i pretori, gli edili, i proconsoli, prima che alla repubblica fosse sovrapposta la monarchia; ed anche dopo che erasi stabilito questo nuovo ordine di cose.

I *mandati* erano istruzioni che l'imperatore dava ai funzionarj pubblici, come norma di governo. Ordinariamente si dirigevano i *mandati* ai legati e luogotenenti dell'imperatore, e si riferivano a rapporti criminali e di polizia.

Le costituzioni degli imperatori, ora erano generali, cioè applicabili a tutti i cittadini; ora particolari per casi o persone, quando, per esempio, l'imperatore permetteva una legittimazione, faceva grazia ad un condannato e simili. *Quædam sunt personales, nec ad exemplum trahuntur* [2].

[1] Lib. 1, tit. 14, Cod. L. 12.
[2] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr 1, § 2.

Gli editti avevano il carattere e l'autorità generale di una legge; *edicta; generales leges; leges edictales.*

In quanto all'epoca in cui ebbero origine le costituzioni imperiali, questa viene segnata comunemente sotto l'imperatore Adriano. Infatti è dall'imperatore Adriano, che cominciano le costituzioni raccolte nel codice di Giustiniano.

È però assai probabile, che ripetano in vece la loro origine dall'epoca, in cui il principe fu riconosciuto, come organo legittimo delle convinzioni giuridiche del popolo.

Dalle stesse nostre fonti ci risulta infatti, che Giulio Cesare aveva accordato ai soldati il diritto di far testamento in un modo privilegiato [1]: ci risulta, che Augusto ordinò per il primo che fossero rispettati i fidecommessi [2]; ci risulta ancora, che Augusto, e poi Claudio proibirono alle donne di assumere le obbligazioni dei loro mariti [3]. Così è pure citata una costituzione, sotto forma di decreto, attribuita a Tiberio sopra una controversia insorta fra uno de' suoi schiavi ed un cittadino [4]; è pure riferito come Augusto, Nerva e Trajano avessero accordato ai militari il diritto di testare sul loro peculio castrense [5].

È però indubitato che, sotto Augusto e Tiberio, si ebbero ancora dei plebisciti, e che la volontà del principe era ordinariamente manifestata sotto forma di *senatoconsulto*, di cui l'ultimo che conosciamo, data dal regno di Alessandro Severo; ed è dopo questo principe che le costituzioni degli imperatori formano pressochè l'unico fonte di diritto.

Infatti da principio gli imperatori si proponevano di governare, conservando le antiche forme: del potere legislativo non ardivano approfittare in modo assoluto; ed insensibilmente ne fecero uso con rescritti e con decreti. D'ordinario, di editti non ne erano emessi che per pubblicare le leggi fatte in senato; e solo più tardi, quando si considerò l'imperatore, come magistrato sovrano di tutto l'impero, vennero emessi frequenti editti imperiali sopra oggetti, pei quali, il senato non era stato neppure interpellato, *etiam inconsulto senatu.*

1 Lib. 29, tit. 1, Dig. fr. 1, pr.
2 Lib. 2, tit. 23, Inst. § 1.
3 Lib. 16, tit. 1, Dig. fr. 2, pr.
4 Lib. 2, tit. 15, Inst. § 4.
5 Lib. 2, tit. 12, Inst. pr.

Noi abbiamo tracciate le differenze delle varie costituzioni imperiali, distinte in rescritti, decreti, editti, mandati. Per altro, qualunque sia la loro natura, poichè vennero da Giustiniano inserite tali costituzioni nel Codice, ricevettero forza di legge, e le regole sopra esposte hanno una applicazione soltanto per le costituzioni emanate da Giustiniano e suoi successori dopo la pubblicazione del Codice.

§ 21. Antiche collezioni di leggi; *Gregorianus Codex, Hermogenianus Codex, Theodosianus Codex.*

Aulo Gellio ci lasciò scritto, che M. Tullio Cicerone avesse avuto il pensiero di formare una collezione di tutto il diritto civile; ma la sua idea non fu mandata ad effetto. Anche Pompeo avrebbe avuto il proposito, *leges in libros redigere;* ma non perseverò in tale proposito, *obtrectatorum metu.*

Così Giulio Cesare, secondo Svetonio, aveva pure deliberato, *jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia, optima quæque et necessaria in paucissimos referre libros.* E non v'ha dubbio che, se Giulio Cesare avesse compiuto un tal lavoro, sarebbe questo riuscito pregevolissimo per eleganza e per dottrina: ma all'uomo che fu oratore, poeta, grammatico, conquistatore, istorico; all'uomo che fu grande in tutto quello, in cui volle esserlo, mancò il tempo per essere anche sommo legislatore.

Della codificazione degli editti del pretore, per mezzo dell'*edictum perpetuum Salvii Juliani,* abbiamo fatto un cenno. [1].

In quanto alle costituzioni imperiali, parziali raccolte di esse erano già state tentate; e tra queste, quella di *Dositheus,* dei rescritti di Adriano; di *Papirius Justus,* che aveva riuniti in ordine i rescritti di M. Aurelio e Lucio Vero, i *divi fratres;* la raccolta fatta da Ulpiano, di tutte le ordinanze contro i cristiani, nel libro *de officio proconsulis;* e dei decreti imperiali fatta da Paolo, sotto il titolo: *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri VI.*

Due collezioni più complete furono fatte da Gregorio o Gregoriano, e da Ermogene o Ermogeniano, che si vuole abbiano vissuto nella prima metà del IV secolo; e sono i così detti: Codex Gregorianus o *Corpus Gregoriani,* Codex Hermogenianus o *Corpus Hermogeniani.*

[1] Vedi retro § 18 e la nostra *Introduzione allo studio del diritto romano* § 115.

Il CODEX GREGORIANUS si crede racchiudesse le costituzioni degli imperatori da Adriano, e forse da Antonino a Costantino, e che il CODEX HERMOGENIANUS non fosse che una collezione di supplemento al primo codice, e contenesse le costituzioni di Diocleziano e Massimiano. Di questi due codici, a noi non sono pervenuti, che pochi frammenti.

Le collezioni di costituzioni imperiali, ora ricordate, non erano che l'opera di privati giureconsulti; *jus* non *leges*.

Una collezione di ben maggiore importanza, perchè fatta dallo stesso legislatore, fu quella che è conosciuta sotto il nome di *codex Theodosianus*. L'imperatore Teodosio II fece infatti una raccolta degli editti degli imperatori, *ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis*, da Costantino in avanti, ai quali aggiunse vari rescritti, e la pubblicò come codice generalmente obbligatorio per l'impero d'Oriente. Il *codex Theodosianus* è diviso in 16 libri, e ciascun libro è poi suddiviso in titoli. I primi cinque libri non si hanno completi, sebbene siano stati arricchiti recentemente con varie costituzioni scoperte nella Biblioteca Ambrosiana di Milano, da Amedeo Peyron nella Biblioteca di Torino, e da C. Baudi di Vesme [1].

Teodosio II, dopo avere pubblicato il suo codice nell'impero d'Oriente, ne spedì un esemplare al suo collega Valentiniano III, imperatore d'Occidente.

Dopo la pubblicazione di questo codice, gli imperatori Valentiniano III e Teodosio II, non che i loro successori, emanarono nuove costituzioni, che furono chiamate *novellæ, novæ constitutiones*, perchè non inserite nel *codex*, e queste salirono ad un tal numero, da far desiderare o una nuova collezione di esse o una revisione del *codex Theodosianus*, in cui potessero essere fuse.

§ 22. Collezioni di Giustiniano.

Nell'impero d'Oriente, tra i successori di Teodosio II, segna un'epoca, veramente grande nella storia, l'imperatore Giustiniano, il cui regno si estende dal 527 al 565 [2].

Oltre le guerre e i monumenti, servirono a rendere imperitura la sua memoria le opere legislative. Egli si propose di riordinare l'im-

[1] V. Ediz. Haenel, 1842.
[2] Giustiniano nacque ai 5 maggio del 482

mensa mole del diritto romano, costituito da un numero enorme di costituzioni imperiali, pubblicate in tempi diversi, con diverse vedute, sopra oggetti differenti, e dalla dottrina dei romani giureconsulti, rappresentata da duemila e più volumi.

Ordinò quindi che venissero compilate due grandi opere: l'una dovesse comprendere le costituzioni imperiali; l'altra, in compendio, le dottrine dei più celebri giureconsulti di Roma.

La prima collezione delle costituzioni imperiali, ordinata ai 13 febbrajo del 528, fu, dopo 14 mesi, compiuta e pubblicata ai 7 di aprile, con attività obbligatoria dal 16 aprile del 529. Questo codice non fu in vigore che sino al 29 dicembre del 534, poichè gli venne sostituito il *codex repetitæ prælectionis*. Quel primo codice, detto ora *codex vetus*, andò perduto.

Giustiniano con una costituzione del 15 dicembre 530, ordinò pure che fra le sentenze ed opinioni degli antichi giureconsulti si raccogliessero le più conformi all'equità e alle condizioni dei tempi e fossero distribuite secondo l'ordine dell'Editto perpetuo.

I giureconsulti, incaricati per questo lavoro, non erano punto vincolati all'osservanza della legge di Teodosio II, e Valentiniano III, [1] e potevano giovarsi, tanto delle opere dei giureconsulti, a cui era stato accordato il *jus respondendi*, quanto delle opere di altri giureconsulti, che fossero egualmente reputati. Il loro mandato era, ad ogni modo, più difficile, che non quello di compilare un codice di costituzioni, anche per la diversità delle scuole, a cui avevano appartenuto i vari giureconsulti, e quindi per la divergenza grande delle opinioni. Devesi però notare che Giustiniano, onde rendere sotto questo riguardo più agevole il lavoro, con particolari costituzioni, aveva egli stesso deciso molti punti controversi, accogliendo, ora l'opinione dei Proculejani, ora dei Sabiniani, ora un'opinione diversa da quella degli uni e degli altri, affinchè l'opera non presentasse delle antinomie. Questa grande opera fu compiuta in tre anni e pubblicata ai 16 dicembre del 533, con dichiarazione, che avesse forza di legge ai 30 dicembre dello stesso anno. Alla sua formazione giovarono specialmente le opere di 39 giureconsulti, i cui nomi sono ricordati ai rispettivi frammenti; e la collezione si disse *codex juris antiqui*, ma più particolarmente, Digesta o Pandectae.

[1] Vedi retro, § 19.

Per formare un tutto armonico, molti frammenti di giureconsulti furono, per necessità, alterati con cambiamenti, con aggiunte, con modificazioni; e queste aggiunte e modificazioni ai testi originali si chiamano poi; INTERPOLATIONES O EMBLEMATA TRIBONIANI O TRIBONIANISMI.

Giustiniano pubblicò due costituzioni, l'una in latino, l'altra in greco, per confermare le Pandette; e perchè la scienza, assumendo per lui un carattere legislativo, non fosse più incerta, come per l'innanzi, proibì i commenti; e concedette soltanto delle traduzioni in greco, parola per parola, e dei sommarj dei differenti titoli, παράτιτλα [1]. Con una particolare costituzione determinò anche il modo di studio delle Pandette, dovendo queste sostituire le opere, che prima erano in uso.

Le Pandette si dividono in sette grandi parti o trattati. Queste sette parti si suddividono poi in 50 libri. Generalmente ciascun libro è diviso in vari titoli, e ciascun titolo porta un numero più o meno grande di frammenti, che diconsi anche *leges*.

Le Pandette non potevano essere opportune per un insegnamento elementare. Si presentò quindi la necessità di un'opera il di cui studio fosse preparatorio a quello del Codice e delle Pandette. Laonde Giustiniano ordinò a Triboniano, Teofilo e Doroteò la compilazione di un libro, che, in forma elementare, contenesse i principii di diritto, il diritto storico e il diritto vigente. Tali sono le ISTITUZIONI di Giustiniano, compilate sul modello delle Istituzioni di Gajo. L'ordine delle Istituzioni è assai più sistematico che non quello del Codice e delle Pandette. La scienza del diritto vi è esposta in tre parti; PERSONE, COSE, ed AZIONI. In quanto alla forma esterna, le Istituzioni sono poi divise in quattro libri. Ciascun libro è suddiviso in titoli, e ciascun titolo ancora in altre frazioni, di cui la prima dicesi *proœmium* e con maggiore verità *principium* e le altre, PARAGRAFI. *In quatuor libros institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa* [2].

Le Istituzioni di Giustiniano furono pubblicate ai 22 novembre del 533, ed ebbero attività di legge il 30 dicembre dello stesso anno, come le Pandette.

Dopo la pubblicazione del Codice, Giustiniano aveva pubblicato cinquanta decisioni nuove sulle questioni più importanti, e perchè tali

[1] Iustinianus. Const. DEDIT NOBIS, § 21.
[2] Iustinianus. Const. IMPERATORIAM MAJESTATEM, § 4

decisioni fossero comprese nel Codice, ordinò che di questo se ne facesse una nuova edizione, nella quale le decisioni stesse potessero fondersi; e così la nuova edizione fosse posta in maggiore armonia colle Istituzioni e colle Pandette.

Questo nuovo Codice fu detto CODEX REPETITÆ PRÆLECTIONIS, e da Giustiniano venne confermato il 16 novembre, e posto in attività il 29 dicembre del 534, con dichiarazione, che il *codex vetus*, essendo assolutamente abrogato, non potesse più citarsi. Il *codex repetitæ prælectionis* è quello che giunse fino a noi [1].

Nel codice non si hanno costituzioni anteriori ad Adriano. Da Adriano a Costantino le costituzioni hanno forma di rescritti, e da Costantino a Giustiniano hanno forma di editti.

È diviso in XII libri, forse ad imitazione delle XII tavole. Ogni libro è suddiviso in titoli. Ad ogni titolo sono coordinate le varie costituzioni o almeno frammenti di esse, secondo le materie, a cui appartengono e in ordine cronologico.

L'ordine generale è lo stesso che delle Pandette e quindi dell'editto perpetuo. Negli ultimi tre libri del Codice vi sono però materie che mancano nelle Pandette.

È a notarsi che quando Giustiniano nelle sue Istituzioni si riferisce al Codice, intende parlare del *codex vetus*, che non giunse fino a noi; perchè, quando fu pubblicato il *codex repetitæ prælectionis*, le Istituzioni erano già in attività, e parecchie costituzioni del vecchio Codice non furono riprodotte nel *codex repetitæ prælectionis*. Molte di queste costituzioni, non riprodotte nel nuovo Codice, si erano perdute; e ristabilite, sono le così dette *leges* o *constitutiones restitutæ*.

Nel 534 si avevano adunque le Pandette o Digesto, le Istituzioni e il Codice.

Giustiniano visse ancora fino al 565, e in questo frattempo pubblicò molte costituzioni nuove, con cui ebbe a riformare il diritto precedente.

Queste nuove costituzioni si dissero NOVELLÆ CONSTITUTIONES, perchè posteriori al codice e quindi non comprese in esso.

Furono scritte parte in latino e parte in greco, in uno stile am-

[1] *Const.* HÆC QUÆ NECESSARIO *de novo codice faciendo.* — *Const.* CORDI NOBIS EST *de emendat. cod.*

polloso e prolisso. Di esse non ne fu pubblicata mai una raccolta ufficiale, sebbene sembri che Giustiniano ne coltivasse l'idea.

Le parti adunque che costituiscono la famosa collezione di Giustiniano sono: le ISTITUZIONI, le PANDETTE o DIGESTO, il CODICE e le NOVELLE. Fra queste parti, secondo Giustiniano, dovevano esservi una unità ed una perfetta armonia; ma gli interpreti provarono che vi sono invece molte leggi in contraddizione le une colle altre.

§ 23. Vicende del diritto romano nell'impero greco.

La collezione di Giustiniano rimase in vigore, nel suo complesso, sotto i di lui successori nell'impero greco, e servì quindi di fondamento agli studj letterarj sul diritto.

Poco dopo la morte di Giustiniano, Giuliano, professore a Costantinopoli, nel 570 circa, fece un'estratto in lingua latina di 125 novelle, ed è il compendio conosciuto sotto il nome di EPITOME o LIBER NOVELLARUM che giunse fino a noi.

Apparve pure una traduzione latina di tutte le novelle, nella loro integrità, ed è quella che in seguito si disse: CORPUS AUTHENTICUM, per distinguerla dall'EPITOME di Giuliano. Questa traduzione fu più tardi adottata dai glossatori, ed è chiamata *versio vulgata*, per distinguerla dalle traduzioni, che furono fatte nel secolo XVI sopra altri manoscritti. La *versio vulgata* prevalse negli usi pratici ed è quella che è riprodotta nelle edizioni del *Corpus juris*.

In Oriente, la lingua in uso era la greca. Le Pandette e il Codice si tradussero quindi in greco, e si fece pure in greco una parafrasi delle Istituzioni dallo stesso Teofilo, che formava parte della commissione per la compilazione di esse.

Sotto l'imperatore Leone III, Isaurico, si ebbe il primo lavoro legislativo sulla collezione Giustinianea ed è una antologia compendiata di leggi, racchiuse in 18 titoli, e che si crede pubblicata nel 740.

L'imperatore Basilio, il Macedone, concepì il pensiero di una revisione delle leggi romane ed orientali. Innanzi tutto egli fece compilare nell'876, sotto il titolo di Πρόχειρον τῶν νομων un'opera elementare; poi ordinò un altro lavoro legislativo, formato sulle versioni in greco dei libri di Giustiniano, sui commenti di questi libri, sulle costituzioni nuove di Giustiniano e le molte che erano state pubblicate dai successori nei tre secoli che erano decorsi dopo la morte di Giustiniano; e questo lavoro pare sia stato pubblicato, diviso in 40 libri.

Mancato ai vivi l'imperatore Basilio nell'886, il di lui figlio Leone, il filosofo, ordinò una nuova revisione dell'opera legislativa del padre, e fu da esso pubblicata una nuova collezione di leggi, sotto il nome di Basilica, in 60 libri, tra l'anno 886 e l'890. Questa collezione dei Basilici si vuole superiore di merito a quella di Giustiniano ed è detta anche *repurgatio veterum legum.*

Lo stesso imperatore Leone pubblicò dall'887 al 893, 113 novelle costituzioni.

Secondo gli eruditi, verso l'anno 945 l'imperatore Costantino Porfirogeneta avrebbe ordinata una nuova edizione dei Libri Basilici; e sarebbero i *Basilica repetitæ prælectionis*, che alcuni vogliono invece sia ancora la stessa opera del di lui padre Leone il filosofo.

Dei Libri Basilici noi non possediamo completi che 36 libri; di 17 non abbiamo che dei frammenti; e degli altri 7 alcune parti sono pure mancanti.

Le fonti Bizantine possono essere utili anche pei nostri studj; quando sia incerta la lezione, o sia dubbio il senso dei libri Giustinianei, e per riempire alcuni vuoti, massime del Codice e delle Novelle.

§ 24. Collezioni di leggi romane per opera dei Barbari in Occidente.

In quanto all'Occidente, caduto l'impero nel 476, sulle sue rovine i popoli germanici vi avevano fondati diversi regni; ma i popoli di immigrazione non avevano punto imposte ai vinti le loro leggi.

Nullameno, le leggi patrie essendo al di sopra delle forze intellettuali dell'epoca, si sentì urgente la necessità di raccolte compendiate; e si ebbero infatti le collezioni seguenti nei primi anni del secolo VI.

1. La *lex romana Ostrogothorum* o *Edictum Theodorici*, del 500.

2. La *lex romana Visigothorum* o *Breviarium Alaricianum* di Alarico II, del 506.

3. La *lex romana Burgondionum* o il così detto Papiano, dal 517 al 534.

Queste tre collezioni comprendono ciascuna, in compendio, tanto le costituzioni imperiali, quanto la dottrina dei giureconsulti. Ma l'esposizione è così arida, che, come in uno specchio, vi si possono riconoscere le sciagurate condizioni di quei tempi.

§ 25. Il diritto romano durante il dominio dei Longobardi e dei Franchi.

Nei paesi che Giustiniano aveva riconquistato colle armi di Belisario e di Narsete, egli aveva di mano in mano introdotta la sua legislazione; e poichè fu distrutto il regno degli Ostrogoti, la Collezione Giustinianea venne pubblicata anche in Italia, colla abolizione della LEX ROMANA OSTROGOTHORUM.

Ma fu per breve tempo l'Italia riunita all'impero greco, poichè Narsete, dopo averla da Ravenna governata per quindici anni, richiamato a Costantinopoli, invitò i Longobardi a prendere stanza nelle terre italiane che abbandonava; ed essi incominciarono infatti ad occuparle nel 568, e vi stanziarono fino alla discesa dei Franchi, quale un esercito accampato, con un governo eminentemente militare. Durante il regno Longobardo, il diritto romano cessò d'essere diritto territoriale, ma fu tollerato come un diritto personale, proprio dei vinti, che non erano in massima fatti partecipi del diritto militare germanico, riservato a sè dai vincitori.

Durante la dominazione dei Franchi, mentre da prima il diritto romano era rimasto in vigore, direbbesi per non curanza, le istituzioni patrie furono invece espressamente riconosciute.

Coi Longobardi erasi già avuta la prima orditura del sistema feudale; e col dominio dei Franchi si rese più regolare questo sistema nel fatto, reso più generale, della inamovibilità delle terre concedute, e nel complesso dei diritti e doveri tra il concedente ed il beneficiato. Così il feudo servì, per così dire, quale anello di transizione fra la civiltà antica e quella del medio evo.

Ma il feudo, dopo essere stato, in certo modo, un rimedio eroico per ricomporre ad unità gli elementi civili di una società, resa inferma dalle sciagure dei tempi, erasi costituito in tutela opprimente, e sorse allora a moderare il feudo la potenza dei comuni: e contro le forze riunite dei comuni il feudo si spezzò [1].

Nella pace di Costanza si svolsero le antiche costituzioni munici-

[1] Anche il diritto canonico fu nel medio evo uno dei mezzi di protezione della civiltà. Essendo il diritto canonico specialmente fondato sul diritto romano giovò esso pure a tenere vivi gli elementi della civiltà romana ed a fondare su di essa la civiltà nuova.

pali, rimaste vincolate per tanti secoli; ma erano pur sempre le vetuste costituzioni, appartenenti all'antico diritto italico, non distrutte dai Goti, non curate dai Longobardi, favorite dai Franchi, che ricevevano un più libero svolgimento.

§ 26. Origini del diritto scientifico nei Comuni.

Dal secolo XI al XII l'Italia si riconduce, in certo modo, ai suoi principj; e, nelle gloriose memorie etrusche e romane, rinnova le proprie civili istituzioni.

La scienza del diritto, nella moderna Europa, non rimonta essa pure che al secolo XII, e questa scienza ebbe appunto il suo principio e il suo svolgimento nei nostri comuni.

Da Roma, che, nell'età di Ulpiano, era la vera sede dell'insegnamento legale, e che una scuola di giurisprudenza aveva conservato nel successivo periodo greco, l'insegnamento stesso legale erasi poi trasportato a Ravenna: e qui si era conservato, sino a che venne più tardi trasferito a Bologna.

In Bologna lesse giurisprudenza Pepo o Pepone, quarant'anni circa, prima di IRNERIO.

IRNERIO è però considerato il fondatore di quella scuola, che diede un nuovo aspetto alla scienza del diritto in Europa, nella prima metà del secolo XII [1]. Tra i glossatori, discepoli di Irnerio, emersero Bulgaro e Martino, e fra i successori di Bulgaro, nel secolo XIII, ACCURSIO che segnò pure una nuova epoca nello studio del diritto. Ad ACCURSIO è dovuta la compilazione delle glosse dei giureconsulti anteriori, che, arricchita da lui di annotazioni proprie, fu detta *Glossa ordinaria* o *Accursiana*.

Per opera di BARTOLO di Sassoferrato, nel secolo XIV, si scrissero dei Commentarj sulle Istituzioni, sul Digesto e sul Codice che riuscirono di un merito molto prevalente a quelli, che si erano inco-

[1] Degli scritti di Irnerio giunsero a noi le Glosse e le Autentiche.

Le *autentiche* sono *estratti* delle novelle, con cui fu in qualche guisa modificato il senso delle costituzioni che sono nel codice.

Vi ha poi un altra specie di *Autentiche* nel codice e sono estratti di ordinanze degl'imperatori, Federico I e Federico II, verso la metà e la fine del secolo XII, e si chiamano, per distinguerle dalle prime, *Authenticæ Fridericianæ*. Si riconoscono alle espressioni: *Nova constitutio Friderici*.

minciati a scrivere da Odofredo, da Cino e da altri giuristi. E fu tale l'autorità di Bartolo, che nella Spagna e nel Portogallo si diede persino forza di legge alle sue opinioni; e all'università di Padova fu destinata una cattedra per la *lectura textus glossæ et Bartoli* [1].

Una nuova èra fu poi segnata nella giurisprudenza dal sommo nostro Andrea Alciato. Profondo conoscitore delle antichità romane, delle lettere greche e latine, col sussidio della storia e delle scienze affini, può dirsi il fondatore di quella famosa scuola, che seguita in Francia dall'illustre Cujaccio, scolaro di esso Alciato, è ancora la scuola prevalente negli studi dell'epoca nostra [2].

[1] Tale è ancora l'autorità dell'antica scuola di Bologna, che le fonti di diritto, aggiunte più tardi, e le nuove leggi scoperte non servono che alla teoria del diritto, ma non furono accolte mai nella pratica. Così nel diritto romano attuale non sono ricevuti i testi greci del Digesto, a cui fu sostituita una traduzione latina, così le reintegrazioni del Digesto e del codice. E finalmente, fra le raccolte di *Novelle* che noi possediamo, non è riconosciuto che l'*Authenticum*. Non è quindi a confondere il diritto romano in generale col diritto attuale o diritto comune. Per diritto romano in generale intendesi quel complesso di leggi civili che furono in vigore presso i Romani in qualunque epoca siano state stabilite.

Nel diritto romano *attuale* o *comune*, si comprendono le leggi aventi una origine romana, che siano state accolte nella collezione giustinianea e non siano estranee al nostro odierno diritto patrio. Non si comprende quindi nel diritto comune il diritto pubblico; non vi si comprende in tutta la sua estensione la procedura; ma di essa quella parte soltanto che appartiene al diritto formale e nello stesso tempo anche al diritto materiale.

Il diritto giustinianeo poi non è diritto comune che sotto la forma e in quei confini, come dicemmo, che gli furono stabiliti dalla scuola di Bologna.

[2] Non possiamo dispensarci dal notare, che a tenere vivo lo studio del diritto romano, anche nei tempi più infelici, ed ai progressi della scienza di esso diritto, ebbe pure una parte grandissima questa scuola di Pavia. Non ripeteremo, come dal secolo VII, nelle scuole grammaticali, che qui esistevano, il diritto romano vi si studiasse, quale un ramo delle antiche lettere ed unito alla dialettica: non diremo, come in un Capitolare dell'imperatore Lotario, dato da Corteolona, l'anno 835, designandosi alcune città del regno d'Italia per sedi di studi, Pavia vi sia nominata per la prima, e si ordini, che ad essa devano far capo undici altre città; diremo solo, che costituitosi uno *Studio generale* coi privilegi e colle immunità richieste dalle idee dei tempi, in forza di un diploma dell'imperatore Carlo IV del 1361, per istanze del comune e per uffizj di Galeazzo II Visconti, fu questa università illustrata da uomini celebri, tra i quali, basti ricordare nei limiti dei nostri studi, Baldo di Perugia, Raffaele Fulgosio, Giasone del Mayno, Jacopo Menocchio e il maggiore di tutti, l'Alciato; e scendendo a tempi più vicini, il sommo filosofo e pubblicista, Gian-Domenico Romagnosi.

Titolo Terzo.

DELLE LEGGI E DELLE CONSUETUDINI.

§ 27. Autoritá delle leggi.

La legge, considerata nella sua più ampia e metafisica significazione, è detta dal filosofo: *divinarum atque humanarum rerum regina* [1].

Considerata come moderatrice delle azioni esterne degli uomini, è definita da Papiniano: *commune præceptum, virorum prudentum consultum: delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis reipublicæ sponsio;* definizione, che corrisponde a quella data dall' oratore Demostene, il quale vi premette, dovere tutti obbedire alle leggi, perchè il diritto ha il suo fondamento in una causa superiore [2].

È *precetto comune;* quindi la legge è obbligatoria per tutti: *Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* [3]; è *deliberazione di uomini prudenti;* si esclude quindi l'arbitrio di una volontà individuale, essendo richiesto il voto di coloro che siano i legittimi interpreti delle convinzioni giuridiche del popolo. Nelle espressioni, *communis reipublicæ sponsio* è, compresa poi la volontaria obbedienza di tutti i cittadini, che riconoscono rappresentata nelle leggi l'utilità generale.

La definizione della legge ne racchiude i suoi requisiti, di cui l'uno intrinseco, che la legge sia giusta ed utile; e l'altro estrinseco, che la legge sia conosciuta. Deve essere giusta, cioè conforme alla ragione; utile, cioè corrispondente ai bisogni dello Stato.

E perchè una legge sia utile, non è necessario che sia veramente utile a tutti: *Jus est, quod omnibus aut pluribus in civitate utile est* [4]. Nè può dirsi ingiusta una legge, di cui non si conosca con piena

[1] *Philosophus summæ stoicæ sapientiæ Chrysippus* — V. Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 2.

[2] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 1 e 2.

[3] Ibid fr. 8. — PRIVILEGIA NE IRROGANTO. L. XII, Tab.

[4] Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 11. — *Nulla lex satis commoda omnibus est; modo quæritur si majori parti et in summum prodest.* Tit. Liv.

evidenza la ragione, poichè, *non omnium, quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*[1]. Deve essere conosciuta, cioè portata debitamente a notizia di tutti coloro, che la devono obbedire.

Una disposizione non è legge, se non emana da chi abbia il potere legislativo; ed ai tempi di Giustiniano dominava il principio: *Leges condere soli imperatori concessum est*[2].

§ 28. Efficacia della legge.

Le leggi obbligano dal momento della loro pubblicazione[3], a meno che le stesse leggi non fissino un termine più remoto, dal quale debbano incominciare ad essere operative[4]; e questo intervallo, fra la notizia della legge e il divenire obbligatoria, dicesi *vacatio legis*.

L'efficacia di una legge incomincia adunque dal giorno che è conosciuta, e si reputa conosciuta dal momento, che sono esaurite le condizioni richieste per una debita pubblicazione.

Non cessa poi una tale efficacia che colla abolizione e col cambiamento della legge stessa.

Anticamente, poichè una legge era stabilita, veniva scolpita sopra tavole, esposte al pubblico, onde nessuno potesse addurne l'ignoranza. Questo sistema si conservava ancora sotto gli imperatori romani; e fra i rimproveri, che la storia muove a Caligola, vi ha pur quello, di avere pubblicate delle leggi in caratteri così minuti e sotto tali condizioni materiali, che nessuno poteva prenderne la necessaria cognizione. Ma questo esempio è unico nella storia del diritto romano.

È adunque a ritenersi il principio: *Non obligat lex nisi promulgata;* ma poichè la legge è promulgata in modo che ne sia possibile la cognizione; *idem est scire, aut scire debuisse, aut potuisse.*

Presso i Romani la *promulgazione* differiva dalla *pubblicazione* di una legge.

Avveniva la *legis promulgatio*, quando per *trinundinum* era proposta pubblicamente al popolo, onde ne prendesse cognizione, prima di accoglierla o rigettarla negli imminenti comizii. La *promulgatio*

[1] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 20.
[2] Lib. 1, tit. 14, Cod. L. 12, § 1.
[3] Lib. 10, tit. 31, Cod. L. 65.
[4] Nov. 58, — Nov. 116, c. 1.

era quindi anteriore alla *rogatio legis;* e solo quando fosse una legge, per una favorevole votazione, *scita*, *vel perlata*, veniva pubblicata, *aeri incisa, et delata in aerarium.* Promulgare valeva quindi *palam proponere.* [1]

§ 29. Dell' ignoranza delle leggi.

Nessuno può per regola scusarsi con ciò, che la legge debitamente pubblicata non gli fosse nota.

Dall' ignoranza di diritto *error, ignorantia juris,* che cade sopra una regola di diritto, ossia sopra il diritto oggettivo, è a distinguersi l'ignoranza di fatto, *error, ignorantia facti,* che cade sopra fatti giuridici, cioè sulle condizioni di fatto richieste per l'applicazione della regola di diritto. [2] Per regola non scusa l'ignoranza di diritto, e può invece scusare l'ignoranza di fatto. *Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* [3] In via di eccezione l'ignoranza di diritto scusa, secondo le fonti, i minori, tranne il caso di dolo commesso nelle contrattazioni e di delitti vietati anche dal sentimento morale; e date certe condizioni, le donne, i soldati, e tutti coloro che, privi affatto di educazione, non hanno

[1] In alcuni sistemi di legislazione erano rimasti sinonimi *promulgare* e *pubblicare*. L'assemblea costituente di Francia, con decreto 9 novembre 1789, distinse ancora *promulgazione* da *pubblicazione*. La promulgazione è l'atto col quale il capo dello stato attesta al corpo sociale l'esistenza della legge; e la pubblicazione è l'atto col quale la legge si porta colle necessarie formalità a cognizione di tutti coloro che la devono obbedire. Promulgazione fu altresì presa in altri significati. Nel nostro diritto italiano la pubblicazione è pure distinta dalla promulgazione, e consiste nell'atto con cui il re attesta al corpo sociale l'esistenza della legge ed ordina che venga munita del sigillo dello Stato, pubblicata e fatta osservare (Legge 23 giugno 1854). Nel dubbio poi, se i cittadini possano valersi di una legge promulgata, non ancora resa obbligatoria, o se debbano attenderne la pubblicità di diritto, questa seconda opinione parrebbe la più attendibile.

[2] Noi possiamo non avere la nozione di una cosa, o perchè non ne abbiamo idea alcuna (ignoranza), o perchè ne abbiamo una idea falsa (errore). Essendo l'errore più comune che non l'ignoranza, i giureconsulti trattano comunemente dell'errore. Per altro, tutto ciò che è detto intorno all'errore vale anche intorno all'ignoranza, poichè, ad ogni modo, nell'errore vi ha pur sempre l'ignoranza della idea vera. — Cujacius, Observ. v. 39; *recit* in Dig. XXII, 6. — Donellus, I, 18-23. — Mühlenbruch, *doct. pand.* I, § 95, 96. — Savigny, *System*, § CXV ed app. VIII. — Heimberger, *Jus rom. priv. idque, purum.* § 87. — Mackeldey, § 173.

[3] Lib. 22, tit. 6, Dig. fr. 9. — *In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia haberi debebit, cum jus finitum et possit esse, et debeat; facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.* Ibid. fr. 2.

perciò alcuna idea del diritto *(rusticitas)*, ovvero che, ad ogni modo, non hanno potuto prendere cognizione della legge, nè da sè, nè per mezzo di giureconsulti *(imperitia)*. In via di eccezione scuserebbe ancora l'ignoranza di diritto, quando l'errore versasse non sulla essenza della regola, ma sulla applicazione di essa a rapporti assai complicati od a questioni controverse fra gli stessi giureconsulti.

Vi sono dei casi, nei quali l'errore, sia poi di fatto, sia di diritto, nè annulla, nè diminuisce, in generale, l'efficacia dei rapporti giuridici; e ciò avviene, quando, per essa efficacia, non si abbia alcun riguardo alla volontà di coloro, pei quali sono i fatti giuridici operativi; [1] ovveramente vi si presuma un consenso tacito delle parti; [2] e così pure, quando, alla validità di un atto giuridico, siano richieste formalità maggiori o minori, e non siano state queste osservate; oppure sia un tale atto assolutamente vietato. [3]

Vi sono invece dei casi, nei quali scusa indifferentemente un errore, sia di fatto, sia di diritto, per esempio, quando la legge per evitare un danno si accontenti della mancanza di dolo, [4] e inoltre quando si abbia prestato nell'idea di eseguire un pagamento, ciò che per legge non si aveva l'obbligo di prestare. *Quod indebitum per errorem solvitur aut ipsum aut tantumdem repetitur. — Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.* [5]

L'errore di fatto può versare sopra un fatto proprio o sopra un fatto altrui. Può di regola scusare l'errore di fatto, quando versi sopra un fatto altrui che non sia notorio. *Ignorantia accipienda non*

[1] V. Lib. 9, tit. 3, Dig. *De his qui effuderint* fr. 1, § 4. — V. Lib. 4, tit. 9. Inst. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*.

[2] Nell'adempimento di una obbligazione naturale non *reprobata;* nell'avere uno fra fidejussori pagato per errore tutto il debito, trascurando l'*exceptio divisionis;* nell'adizione di una eredità passiva senza il beneficio dell'inventario, salvo il favore della restituzione in intiero pei soldati e pei minorenni; nella prescrizione, ecc.

[3] Sarebbe invalido un matrimonio, per esempio, tra tutore e pupilla, avesse avuto luogo per errore di fatto o per errore di diritto.

[4] Lib. 5, tit. 3, Dig. fr. 25, § 6.

[5] Lib. 12, tit. 6, Dig. fr. 7 e 14 *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.* — Lib. 22, tit. 6, Dig. fr. 7. *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus* CONSULTO *dati donatio est.* — Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 53. Ora, l'intenzione di donare non c'è in chi paga per errore di fatto o di diritto. Questa opinione, comunemente sostenuta dai glossatori, che anche per errore di diritto possa spiegarsi la *condictio indebiti* è certamente la più equa. L'opinione contraria è però abbracciata da sommi interpreti, tra gli antichi il Cujaccio, il Donello, il Coccejo; tra i moderni specialmente Savigny, Seuffert e Mackeldey; ed è in

deperditi et nimium securi hominis. [1] *Quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat?* [2] Scuserebbe anche l'errore di un fatto proprio, quando, trattandosi di un'epoca assai remota, potesse essere sfuggito dalla memoria. *Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis, nec scrupolosa inquisitio exigenda.* [3]

Conchiudiamo questo punto col soggiungere che, per l'errore di fatto, la negligenza che lo renda inammissibile, deve essere provata da chi l'asserisce; per l'errore di diritto esiste già una presunzione di negligenza, presunzione, che non può essere distrutta che colla provata esistenza di circostanze straordinarie che lo rendano scusabile.

§ 30. Estensione della legge.

Officio della legge, secondo Modestino, è di comandare, vietare, permettere e punire. *Legis virtus hæc est,* IMPERARE, VETARE, PERMITTERE, PUNIRE. [4]

Ciò che è fatto contro la legge è per regola invalido. Altrimenti la legge sarebbe in contraddizione con sè medesima. *Hoc est, ut ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est.* [5] Ed è fuori di dubbio che viola la legge anche colui che si attiene alle parole, ma opera contro la ragione della legge e la manifesta intenzione del legislatore; *qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem.* [6] Ed altrove, *contra legem facit, qui id facit, quod lex*

modo particolare appoggiata alla costituz. 10 del lib. 1, tit. 18 del codice. *Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio.* Ma non potrebbe essere questo un rescritto per un caso isolato, essendo in contraddizione aperta coi principj suenunciati? — *Quod si repetitionem ejus pecuniæ habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiæ beneficio usi non sunt; sciant ignorantiam facti non juris prodesse:* NEC STULTIS SOLERE SUCCURRI SED ERRANTIBUS. — Lib. 22, tit. 6, Dig. fr. 9.

[1] Lib. 22, tit. 6, Dig. fr. 3.
[2] Ibid. fr. 9.
[3] Ibid. fr. 6.
[4] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 7.
[5] Lib. 1, tit. 14. Cod. L. 5.
[6] Ibid.

prohibet: in fraudem vero qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit. [1]

In via di eccezione sarebbe valido ciò che è fatto contro la legge, quando il legislatore stesso, pel minore dei mali, lo avesse detto espressamente, accontentandosi della pena stabilita per la violazione. Sarebbe egualmente valido ciò che è fatto contro la legge, quando, trattandosi di leggi d'ordine privato, sopravvenisse il consenso della persona lesa; *omnes licentiam habent his, quæ, pro se introducta sunt, renunciare;* [2] e quando venisse tosto l'estraneo impedimento che ostava alla validità dell'atto. La massima quindi: *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non potest convalescere*, può essere temperata dall'altra: *multa facta tenent, quæ fieri prohibentur.*

Sarebbe ancora valido ciò che fosse fatto contro la legge, quando la legge non portasse che un consiglio, poichè non vi sarebbe un obbligo di osservarla; e finalmente quando in un atto civile si trattasse della inosservanza di solennità estrinseche ed accidentali.

Importa qui di osservare che le leggi permissive sono pure prive di una forza obbligatoria per rispetto a quelli, ai quali è data la permissione; ma non mancano di effetto obbligatorio per gli altri cittadini, essendo vietato ad essi di porre impedimenti alla libertà concessa ai primi.

Per le cose premesse è a ricordarsi la distinzione di Ulpiano di LEX PERFECTA, quando porti la nullità di ciò che è fatto contro la legge; IMPERFECTA, se la legge vieta qualche cosa e sia egualmente valido ciò che è fatto contro il divieto della legge. *Imperfecta lex est veluti Cincia, quæ supra certum modum donari prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit;* MINUS QUAM PERFECTA, se la legge proibisce qualche cosa, e non annulla ciò che è fatto contro la legge, ma ingiunge una pena per la violazione. *Minus quam perfecta lex est, quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit non rescindit, sed pænam injungit ei, qui contra legem fecit, qualis est lex Furia testamentaria, quæ plusquam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere, præter exceptas personas, et adversus eum qui*

[1] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 29.

[2] Lib. 2, tit. 3, Cod. L. 29. — *Jus pubblicum privatorum pactis immutari non potest.* — Lib. 2, tit. 14, Dig. fr. 38. — V. Keller, § 10. — Savigny 1, § 16. — Sintenis, § 10.

plus ceperit quadrupli pœnam constituit [1] La legge può essere anche PLUSQUAM PERFECTA, se è pronunciata la nullità dell'atto contrario alla legge ed inoltre una pena.

§ 31. **Estensione della legge (continuazione).**

Le leggi non dispongono che per l'avvenire; esse non hanno effetto retroattivo e non possono quindi influire sopra atti precedenti, nè sopra diritti anteriormente acquistati: ***Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari:*** a meno che le leggi stesse espressamente non abbiano ingiunto, dovere esse riferirsi, in via di eccezione, anche ad atti passati: ***nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit;*** o siano operative sugli elementi del diritto mutabili e contingenti [2] e non abbiano per oggetto gli elementi immutabili e permanenti del diritto stesso.

Il principio che le leggi non abbiano effetto retroattivo ha il suo immediato fondamento nella libertà civile, per la sicurezza dei diritti e la tranquillità dei cittadini; e deve osservarsi tanto dai legislatori, quanto dai magistrati. Infatti il passato non è più, e non può assoggettarsi ad alcun potere. Il presente, al solo considerarlo, divenne passato: le leggi non possono quindi riferirsi che agli atti giuridici futuri. [3] La legge non può agire sul passato, perchè non è in suo potere, non sugli effetti degli atti giuridici anteriori, sui diritti già acquistati, perchè sarebbe ingiusto ed inconveniente il togliere un diritto acquistato da determinate persone per legge o per fatti

[1] ULPIANI, Lib. sing. 1, 2. — Le espressioni: *imperfecta lex est veluti Cincia quæ supra certum modum donari....* non sono nel frammento di Ulpiano, giunto fino a noi. La lacuna fu riempiuta da Cujaccio, accolta da Schultingio ed approvata da Savigny; e noi ci siamo giovati di questa lezione.

V. Voel, *ad pand.* § 14 e 16. — Richeri, *Univ. civilis et crim. jurispr.* § 82 e seg.

[2] Lib. 1, tit. 14, Cod. L. 7. — *Statuit de præteritis judex, de futuris senatus.* Cic. — Intorno alle questioni di *diritto transitorio.* V. Savigny, *System.* — Chabot de l'Allier, *Quest. transit. sur le code Napol.* — Meyer, *Principes sur les quest. transit.* — Struve, *Uber das positive Rechtsgesets rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit.* — Bergmann, *Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht.*

[3] Del Rosso, *Saggio di diritto priv. rom. attuale.*

giuridici anteriori alle nuove disposizioni. *Erit absurdum, ut, quod factum est recte, ex eo quod, nondum erat, postea mutetur.* [1]

Senza avere veramente effetto retroattivo, la legge potrebbe riferirsi ad atti passati, quando gli atti passati contenessero una insigne iniquità, una manifesta turpidudine; e sarebbe indifferente, che questi atti fossero esplicitamente vietati da leggi precedenti, cadute in dissuetudine, o che non fossero esplicitamente vietati. Il loro divieto sarebbe già nei principii naturali del diritto. Contro questi atti non cessa di protestare mai la ragione sociale e di sollevarsi la coscienza pubblica.

Ancora, senza avere veramente effetto retroattivo, potrebbe riferirsi ad atti passati una *lex declaratoria.* Spiegando essa il vero senso della legge, non si può dire che introduca un nuovo diritto. *Nihil enim nunc dat, sed datum significat.* [2] Infatti la legge *declaratoria* è in certo modo contemporanea alla legge interpretata. [3] Peraltro, se una legge, sotto forma di una disposizione *declaratoria,* portasse delle disposizioni affatto nuove, non potrebbe avere il suo effetto dal giorno in cui venne resa pubblica la legge interpretata, ma dal giorno della pubblicazione di questa nuova legge.

Potrebbe la legge, senza avere effetto retroattivo, modificare per l'avvenire le qualità e capacità personali dei cittadini, che fossero state altrimenti riconosciute dalle leggi precedenti. Le leggi che risguardano lo stato delle persone possono ora migliorare, ora deteriorare le condizioni giuridiche del cittadino, senza avere per ciò un effetto retroattivo. Così, per esempio, se in un paese l'età maggiore comincia a ventun'anni, e vi è pubblicata la legge romana che protrae l'età maggiore sino ai venticinque anni, quelli che colla pubblicazione della legge romana non hanno compiuto ancora i ventun'anni, perdono l'attitudine di divenire maggiori a questa età e

[1] Nov. 66, c. 1, § 4. - Weber vorrebbe invece che le leggi nuove non potessero riferirsi ad *effetti già consumati* di atti anteriori, ma potessero regolare gli *effetti* nell'*avvenire* di atti giuridici, sebbene anteriori alla nuova legge. Egli si appoggia alla legge 27 Cod. Lib. IV, tit. 32. Ma Giustiniano, con questa legge, volle fare per le speciali condizioni del suo tempo, una eccezione al principio generale che è nella prima parte della legge 7, Cod. lib. 1, tit. 14; ed è esplicitamente questa eccezione ammessa dalla seconda parte della legge stessa 7, Cod. testè citata. Ora le eccezioni non possono fondare una regola. E indebitamente sarebbe questa regola creata da Weber sopra una eccezione.

[2] Lib. 28, tit. 2, Dig. fr. 21, § 1.

[3] *Non enim incipit interpretatio cum declaratur; sed efficitur tamquam contemporanea ipsi legi. Bac. aph* 51.

devono attendere i venticinque anni, giusta il prescritto della nuova legge. Non ricadrebbero però nella minore età quelli, che all'epoca della nuova legge fossero già divenuti maggiori.

Egualmente la legge non ha effetto retroattivo, quando non toglie veramente un diritto *acquisito*, ma distrugge soltanto delle semplici *aspettative* che erano fondate nella vecchia legge. Chi fosse tra gli eredi *ab intestato*, non potrebbe asserire che gli fosse tolto un diritto acquisito, se alla morte della persona, della cui eredità si tratta, una nuova legge avesse distrutta la speranza di ereditare, fondata nella legge anteriore. Però i diritti, all'esercizio dei quali osta soltanto una condizione o una determinazione di tempo, non si devono considerare tra quelli semplicemente sperati. Così pure la legge non avrebbe effetto retroattivo, se risguardasse, rispetto alle cose, non già il modo e la forma dell'acquisto compiuto del diritto, chè in questi rapporti devesi stare alla legge anteriore, *tempus regit actum*, ma avesse per oggetto il *modo di essere* del diritto stesso, cioè le condizioni e i limiti stabiliti pel suo riconoscimento.

Per esempio, se una legge stabilisce delle servitù legali, queste restrizioni del diritto di proprietà avrebbero immediatamente il loro effetto, ovunque esistessero le condizioni di fatto, richieste dalla legge, e cesserebbero col cessare della legge che le avesse stabilite.

Intorno ai testamenti abbiamo nel diritto romano disposizioni speciali. La capacità personale del testatore, nei rapporti di diritto, è giudicata tale in due epoche distinte; secondo la legge vigente all'epoca del fatto testamento, e secondo la legge vigente alla morte del testatore. La capacità personale, rispetto alle qualità fisiche, è regolata esclusivamente dalla legge vigente all'epoca del fatto testamento; mentre il contenuto del testamento è giudicato soltanto dalla legge vigente all'epoca della morte. La capacità dell'erede è giudicata in tre tempi distinti; l'epoca del fatto testamento; l'epoca della morte del testatore, e quella dell'adizione dell'eredità.

Siccome per altro la legge romana era fondata sopra speciali elementi di quel tempo, oggigiorno parrebbe doversi la capacità dell'erede giudicare soltanto colla legge vigente all'epoca della morte del testatore. [1]

[1] La legge 1, Dig. Lib. 35, tit. 2, la Nov. 66, c. 1, § 2-5, la legge unica Cod. § 15 lib. 6, tit. 51, possono considerarsi non come l'espressione di una regola generale, ma come una eccezione alla stessa per ragioni affatto speciali; in altri termini, come disposizioni particolari e transitorie.

In quanto alla forma del testamento deve osservarsi la legge del tempo, in cui fu fatto.

I contratti si regolano colla legge vigente all' epoca in cui furono conchiusi, anche rispetto alla capacità delle persone, alla forma, alle condizioni e infine a tutte le azioni ed eccezioni, che possono giovare, sia per lo scioglimento, che per la nullità di essi.

La legge potrebbe avere veramente un effetto retroattivo, quando questo effetto retroattivo fosse reclamato dal bene pubblico. SALUS POPULI SUPREMA LEX ESTO [1]. Tale sarebbe, per esempio, una legge che abolisse, ove esistente, la servitù della gleba e distruggesse così i diritti acquisiti; ma in tal caso non sono più leggi che appartengono all' istituto nostro del diritto privato; tali leggi avrebbero un carattere eminentemente politico. Al diritto privato non apparterrebbero più che le questioni delle indennità, per quanto possibili; ed è in questi limiti e sotto questa trasformazione che sarebbero sempre a rispettarsi i diritti derivanti da sentenze inappellabili e da transazioni: *nisi jura super his transactum sit vel judicatum, quæ, retractari non possunt.* [2] *Quæ jam vel judiciali sententia finita sunt vel amicali pacto sopita, hæc resuscitari nullo volumus modo.* [3] — *Ad præterita negotia referri sancimus nisi transactionibus vel judicationibus sopita sint.* [4]

§ 32. Estensione della legge (continuazione).

La forza delle leggi, debitamente pubblicate, si estende a tutti i luoghi, a cui presiede il potere legislativo, sugli uomini, sulle cose, sugli atti civili: *Omnes legibus regantur, etiamsi ad divinam domum pertineant.* [5] E non soltanto i cittadini per ragione di *nazionalità*, ma anche i forestieri, finchè si trovano nella geografica giurisdizione dello stato sono obbligati, per ragione di territorialità, all' osservanza delle

[1] L. XII. Tab
[2] Lib. 4, tit. 21, Cod. L. 17.
[3] Lib. 1, tit. 17, Cod. L. 2, § 25.
[4] Lib. 1, tit. 53, Cod. L. un.
[5] Lib. 1, tit. 14, Cod. L. 10. — Lib 1, tit. 3, Dig fr 1.

leggi, che per loro natura, o per la volontà dichiarata del legislatore, si riferiscono anche ai forestieri.

I cittadini poi, che stabilissero il loro domicilio in estero luogo, non sarebbero tenuti più, nè alla giurisdizione, nè alle leggi del domicilio anteriore. *Extra territorium jus dicenti impune non paretur.* [1] Le frontiere stabiliscono i limiti, in cui le volontà individuali degli accomunati sono in forma obbligatoria espresse nel diritto locale.

Invece, ovunque una persona si trasferisce, senza animo di rimanervi, la sua capacità di diritto e di azione sarebbe moderata, anche fuori del territorio dello stato, dalla legge del di lei domicilio; [2] semprechè però la legge risguardasse l'interesse della persona titolare del diritto, e non avesse per fondamento un motivo morale, ovvero istituzioni non riconosciute nel territorio, ove deve giudicarsi la capacità di agire. [3] Un minore o maggiore di età è quindi a reputarsi tale anche fuori del territorio del suo domicilio, sebbene quivi si richieda una età più o meno avanzata per avere la libera disposizione delle cose proprie. Siccome poi la forza di una legge non si estende oltre la giurisdizione dello statuente, perciò la capacità personale di un cittadino sarebbe regolata dalla legge del domicilio, in quanto gli atti intrapresi fuori del territorio avessero a produrre legali conseguenze nel paese a cui la persona è soggetta.

Per lo stesso principio della presunta volontaria sommessione ad una legge, in forza del quale si applica allo *stato delle persone* la LEX DOMICILII, per l'acquisto e l'esercizio di un diritto sopra cose immobili, deve applicarsi la legge del luogo, in cui le cose sono situate, LEX REI SITÆ. Per il giudizio intorno al dominio ed agli *jura in re* si possono perciò concepire tante personalità, quanti sono gli stati autonomi, nei quali siano situati i beni di un cittadino.

Nelle obbligazioni è da osservarsi, per regola, la legge del luogo in cui le obbligazioni stesse hanno la loro sede, vale a dire, la legge propria della persona, che in qualche atto suo, sottoponendosi alla volontà di un altro, assume il carattere di debitore.

[1] Lib. 2, tit. 1, Dig. fr. 20.

[2] In mancanza di un fisso domicilio, alla *lex domicilii* supplirebbe la *lex originis*.

[3] Tali sarebbero, per esempio, la poligamia, alcune interdizioni israelitiche, la morte civile, non esistenti nel luogo ove è questione della capacità di una persona.

Rispetto alle cose mobili, non avendo queste una sede fissa, e potendo essere richiamate sempre al domicilio del proprietario, per una finzione giuridica di non sempre facile applicazione, si considerano esistenti nel luogo ove il proprietario ha il suo domicilio, la sede principale delle cose sue; e quindi le cose mobili, ovunque situate, quando non siano pertinenze di cose immobili o non siano dichiarate immobili dalla legge del luogo ove si trovano, si considerano regolate, in generale, dalla legge del domicilio del proprietario.[1] *Mobilia sequuntur personam.*

Quale sarà la legge da applicarsi pel diritto di successione?

Alcuni, per una rigorosa osservanza del diritto di sovranità territoriale, vorrebbero applicabile la legge del luogo, in cui si trovano le cose mobili ed immobili; altri, poichè l'eredità non è che un complesso di diritti ed obblighi di un defunto, vorrebbero applicabile soltanto la legge del domicilio, che il defunto aveva all'epoca della sua morte. Una terza opinione finalmente è quella che armonizza colle teorie da noi sovraesposte e che applica la legge locale del defunto, salva l'osservanza della *lex rei sitæ* per le cose immobili; ed è questa l'opinione forse ancora la più comunemente ricevuta, sebbene la natura del diritto di successione raccomandi sempre piuttosto l'applicazione della legge personale.[2]

In quanto alle formalità degli atti è invalsa nel diritto consuetudinario la regola *locus regit actum*, cioè, vale un atto per le cose mobili ed immobili, anche altrove esistenti, quando siano osservate le formalità del luogo in cui l'atto venne eretto.[3] Ove non prevalesse

[1] Voet, *comm. ad pand.* — Keller, *Pandekten.* — *Foelix du droit internat. privé.* — Alcuni vorrebbero che la *lex rei sitæ* fosse applicabile anche alle cose mobili (Savigny, *System*). Ed in vero, si dice, non dovrebbe essere la *lex rei sitæ* che determinasse, per esempio, se la cosa sia *in commercio* o *extra commercium*; se *res nullius*, e quindi oggetto di occupazione; se con un decorso di tempo sia o no usucapita? — Noi abbiamo già osservato che la finzione giuridica che considera le cose mobili presso il proprietario non è sempre di facile applicazione. Ma l'opinione contraria ha pure i suoi inconvenienti e non può dirsi infatti generalmente accettata nel diritto scientifico e consuetudinario, in sostituzinne al vecchio assioma degli antichi e più riputati giureconsulti.

[2] V. Vinnius; - *Foelix du droit internat. privé*; Story, *Comment. on the conflict of laws.*

[3] Huberus, *Prælect in pand.* — Eichorn (*Deutsches Recht.* § 37), trattandosi di un testamento vorrebbe circoscritta la regola al caso in cui il testatore mancasse ai vivi nel paese straniero. Ma contro questa opinione stà l'assioma: *actus ab initio validus, ubique valere debet.*

la regola *locus regit actum*, un testamento che fosse valido in un paese, in cui bastasse la presenza di tre testimonii, non dovrebbe avere il suo effetto per i beni situati in un altro paese, ove, alla validità del testamento, si richiedessero, per esempio, cinque testimonii o tre testimonii ed un notajo; ed un testatore si troverebbe nella necessità di fare tanti testamenti, quanti sono i vari paesi, ove siano situati i beni costituenti eredità separate, e nei quali paesi si richiedessero formalità diverse.

È evidente, come la collisione fra i diritti territoriali può essere e per distretti e provincie di un solo e medesimo stato, e per differenti stati, indipendenti gli uni dagli altri, ed è in relazione a queste collisioni che si ha negli interpreti la distinzione di Statuta *personalia*, *realia* e *mixta*, secondo che concernono lo stato delle persone, che si riferiscono alle cose, o che riflettono le forme da osservarsi dalle persone nell'acquisto ed esercizio dei loro diritti sulle cose. Questa distinzione, già abbozzata in Bartolo, svolta dall'Argentario, posta in maggiore evidenza dal Voet e ricevuta nel diritto scientifico e consuetudinario, vale a sciogliere, se non tutti, certamente la maggior parte dei dubbii intorno a questa materia; ed è perciò che noi abbiamo creduto di accennarla; ma ad un tempo non possiamo dispensarci dal soggiungere che oggigiorno è una distinzione censurata da vari sommi giureconsulti. [1]

§ 33. Limiti all' applicazione delle leggi.

Essendo la legge un precetto comune è obbligato ad essa anche il Principe? Nel Digesto abbiamo una massima di Ulpiano, per la quale il Principe è sciolto dall'obbedienza alle leggi, *Princeps legibus solutus est. Augusta autem, licet legibus soluta non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quæ et ipsi habent.* [2]

Ma quando colle espressioni *Princeps legibus solutus est* non si volesse esprimere il principio che la persona del Principe *è sacra ed inviolabile*, parrebbe una tale massima dovere risguardare la

[1] V. Savigny, *System*.
[2] Lib 1, tit. 3, fr. 31.

disponibilità del privato suo patrimonio, alcune solennità legali, e più specialmente le leggi caducarie Giulia e Papia, a cui era appunto riferibile il frammento di Ulpiano sopraccennato. [1]

Ad ogni modo, abbiamo dalle fonti che gli stessi imperatori trovavano tutta l'utilità pubblica nel professarsi essi pure obbedienti alle leggi: *Digna vox est majestate regnantis, legibus alligatum se Principem profiteri: adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas. Et revera majus imperio est legibus submittere principatum* [2] Ed altrove: *Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare posse saepe constitutum est. Licet enim lex imperii solemnibus juris imperatorem solverit, nihil tamen tam proprium imperii est, quam legibus vivere.* [3] E nella Novella 22, capo 13 rileviamo pure che si faceva professione da Giustiniano di non volere che ciò che era dalle leggi voluto. *Nos volumus obtinere, quod nostræ leges volunt.*

Per ragioni supreme di utilità pubblica, alcune limitazioni nell'applicazione delle leggi sono pure riconosciute a riguardo degli ambasciatori. *Sancti habentur legati... id enim juri gentium convenit esse.* [4]

§ 34. Interpretazione delle leggi.

Appartiene alla critica il fissare, quale debba essere il *testo di legge*, che deve servire di base alla interpretazione. L'*alta* critica somministra i materiali autentici, di cui si giova poi la critica *secondaria* per determinare il vero senso della legge.

Ma, quale è il testo delle leggi romane?

Noi possediamo un gran numero di manoscritti che servirono di base alle varie edizioni. Ma un testo veramente *ufficiale* non esiste; e, in generale, può tenere luogo di esso, quel testo che è accolto nelle edizioni più riputate, come sono, per esempio, le edizioni di Gotofredo. Per altro, quando la critica ottenesse un qualche vitto-

[1] *Ulpianus*, Lib. XIII, AD LEGEM IULIAM ET PAPIAM.
[2] Lib. 1, tit. 14, Cod. L. 4.
[3] Lib 6, tit. 23, Cod. L. 3.
[4] Lib. 50, tit. 7, Dig. § 17 — Grotius, *De jure belli et pacis*. Lib. 2, cap. 18, § 4.

rioso risultato, non potrebbe a meno di giovarsene il diritto scientifico.

§ 35. Interpretazione delle leggi (continuazione).

Conoscere le leggi, vale quanto conoscerne lo spirito. *Scire leges non hoc est, earum verba tenere, sed vim ac potestatem.* [1] La scienza è un elemento, che concorre alla formazione del diritto, ma è ancora la scienza che traduce il diritto stabilito, esplicandolo ed imprimendolo con caratteri più evidenti nella coscienza dei cittadini.

L' interpretazione è adunque la cognizione della legge nella sua verità; è la spiegazione del vero senso della legge. Alla interpretazione ricorre il cittadino per regolare i suoi rapporti sociali; ricorre il giureconsulto nel vasto campo della teoria e della pratica; ricorre il magistrato per emettere le sue decisioni. [2]

L' interpretazione ha una importanza maggiore nelle leggi oscure, ma non è limitata a togliere questo accidentale difetto della legge. Ogni legge è suscettiva di interpretazione, eccetto che il senso di essa non sia già stabilito da una legge posteriore o da una consuetudine.

Comunemente l'interpretazione si distingue infatti in *autentica*, se è fondata in una legge; *usuale*, se in una consuetudine; *dottrinale*, se in una scientifica elaborazione dell'intelletto. L' interpretazione autentica e quella manifestata dalle consuetudini e dalle uniformi e costanti decisioni dei tribunali è per tutti obbligatoria. *Minime sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt. — Optima legum interpres est consuetudo. — In ambiguitatibus, quæ ex lege proficiscuntur, consuetudo, aut legum perpetuo similiter judicatarum auctoritas vim legis obtinere debet.* [3]

Alcuni interpreti sostengono che l'interpretazione deve essere sempre legislativa. Ma questa opinione non è vera nelle sue applicazioni che nel caso in cui si dovessero correggere leggi chiare, ma contrarie all' equità, o si dovessero spiegare leggi enigmatiche, cioè,

[1] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 17.
[2] *Legis tantum interest ut certa sit. Si enim incertam vocem det tuba, quis se parabit ad bellum?* Bacone, *aph.* 8.
[3] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 23, 27, 38.

così oscure, che non si potesse veramente conoscere il pensiero della legge. *Si quid in legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id imperatoria interpretatione patefieri, duritiamque legum nostræ humanitati incongruam emendari.* [1]

L'arte dell'interpretazione delle leggi non è subordinata a regole determinate: non si apprende che cogli studii profondi e severi delle grandi opere dei sommi maestri; ed è l'espressione altresì di uno speciale *criterium* naturale. [2]

Nell'interpretare una legge si deve riprodurre la parte intellettuale della legge, il pensiero di essa. *In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.* [3] A ciò giovano vari elementi: l'elemento grammaticale, l'elemento logico, l'elemento istorico.

Il grammaticale ha per oggetto le parole, colle quali la legge è concepita.

L'elemento logico ha per oggetto la ragione delle legge, *ratio legis*, e la colleganza in cui è una legge colle altre istituzioni giuridiche e le regole di diritto che formano il tutto della legislazione.

L'elemento istorico ha per oggetto le condizioni politiche, morali ed economiche, esistenti nei luoghi e nei tempi, in cui la legge fu emanata.

A rigore non si potrebbe separare l'interpretazione grammaticale dalla logica, la grammaticale e la logica dalla istorica. Sotto questo riguardo l'interpretazione è per sè indivisibile; poichè non si può riprodurre il pensiero di una legge, non si può conoscere una legge nella sua verità, che giovandoci di tutti gli elementi che la possono presentare, comunque poi in fatto un elemento possa alcune volte avere una superiorità sull'altro.

Nella assoluta unità dell'interpretazione importa quindi che siano abbracciati insieme gli elementi che la costituiscono, e che non siano separate mai l'interpretazione logica dalla grammaticale.

[1] Lib. 1, tit. 14, Cod. L. 9.

[2] Clossius, *Hermeneutik des röm Rechts und Einleitung in das* CORP. JUR. CIV. *im Grundrisse.* — Mailher de Chassat, *Traité de l'interpretation des lois.* — Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts.* – Rapolla *de Jureconsulto, sive de ratione discendi interpretandique juris civilis.* — Lib. 11.

[3] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 96. *Non oportere jus civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire.* — Lib. 10, tit. 4, Dig. fr. 19.

Per riprodurre il pensiero della legge conviene avere presente la *ragione* della legge. Or bene, la ragione della legge può essere tanto il *principio sommo giuridico*, dal quale quella legge deriva, come può essere lo *scopo* che la legge si propone di ottenere; e nell'interpretare la legge conviene avere riguardo all'uno e all'altro.

Il motivo della legge può essere nella stessa legge espresso, e può non esserlo. Questo è anzi il caso più comune. Può essere in altro modo evidente e si può essere in dubbio sul vero motivo della legge. Può darsi anche che non si trovi motivo alcuno, o si ritenga cessato il motivo per il quale la legge fu fatta.

Se non si trovasse alcun motivo della legge, poichè, *non omnium quæ a majoribus constituta sunt ratio reddi potest*, o si fosse in dubbio sul vero motivo di essa, ovvero si ritenesse cessato quel motivo per il quale la legge fu fatta, la legge non cesserebbe egualmente di essere obbligatoria. *Rationes eorum, quæ constituuntur inquirere non oportet: alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertuntur.* [1] Le leggi sono obbligatorie, non per la ragione che le può avere provocate, ma per la sanzione di cui sono munite.

§ 36. **Interpretazione delle leggi (continuazione).**

Premessi i principii generali sull'interpretazione, giova accennare alcune delle regole più comuni che suggeriscono gli interpreti per spiegare il vero senso di una legge.

1° Se le parole di una legge sono oscure o dubbie, si deve innanzi tutto considerare l'intiero contesto della medesima legge, e ricorrere anche ad altre leggi che trattino della stessa materia o di materie analoghe. *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere.* [2] Per esempio, il possessore di buona fede, che avesse venduti i beni ereditarii, dovrebbe restituire il prezzo ricevuto: *prœtia, quæ ad eum, rerum ex hereditate venditarum pervenissent*, giusta la legge 20, § 6, al libro 5, titolo 3, del Digesto. Per queste espressioni, parrebbe che egli dovesse restituirne il valore, anche quando lo avesse consumato. Ma,

[1] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 20, 21.
[2] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 24.

consultando invece la legge 23 dello stesso titolo 3, al libro 5, del Digesto, non sarebbe a restituirsi che il prezzo ricevuto, e che il possessore di buona fede conservasse ancora, *si factus sit locupletior*.

Si debbono anche consultare le leggi anteriori, perchè esse possono gettar luce sulle attuali, oscure o dubbie, essendo verisimile che il legislatore avesse presenti quelle anteriori disposizioni, che si riferivano ai rapporti di diritto, che nelle nuove ricevettero il loro compimento. *Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur.* [1] E non solo le leggi anteriori possono dar luce alle leggi nuove, ma leggi posteriori, fatta anche astrazione di una interpretazione autentica, possono esprimere il senso delle anteriori, da applicarsi, che siano oscure o dubbie. *Et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint.* [2]

2º Se non si può rendere la ragione di tutte le leggi, per molte però può essere anche evidente la ragione di esse, e la legge oscura o dubbia sarebbe allora interpretata dalla ragione conosciuta, poichè lo spirito è superiore alla lettera. *Prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis.* [3] La legge, per esempio, dichiara invalido un contratto in favore della parte che fu ingannata. Se il contratto tornasse invece a profitto della parte ingannata, sarebbe a ritenersi produttivo di effetto. L'editto dichiara infame la vedova che si rimarita durante il lutto, specialmente, perchè non siavi incertezza sulla paternità dei nascituri. Quando la vedova avesse partorito, non sarebbe essa riputata infame, rimaritandosi prima che il lutto fosse compiuto.

3º Se una legge è suscettiva di una duplice interpretazione, l'una conforme al rigore del diritto e l'altra all'equità, si dovrà preferire l'interpretazione che è più conforme all'equità. *Placuit, in omnibus rebus, præcipuam esse justitiæ, æquitatisque, quam stricti juris rationem.* [4] *In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda est.* [5]

[1] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 26.
[2] Ibid. fr. 28.
[3] Lib. 33, tit. 10, Dig. fr. 7.
[4] Lib. 3, tit. 1, Cod. L. 8.
[5] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 90.

L'equità rappresenta il principio dell'eguaglianza; ed è un bisogno del diritto che siano spiegate e supplite le leggi colle dottrine dell'eguaglianza, e sia deciso sempre in modo che l'eguaglianza non sia alterata; anzi sia ristabilita, quando fosse avvenuta una alterazione. [1] Nel diritto noi abbiamo due elementi, l'uno generale e fondato sulla natura comune dell'umanità, l'altro individuale e particolare a ciascun popolo; e noi dobbiamo costantemente avere in vista l'elemento generale, senza metterci però in opposizione coll'elemento individuale; [2] dobbiamo, in altri termini, seguire sempre l'equità secondo la natura delle cose (*aequitas, naturalis ratio*), quando a questa non vi si opponga la giustizia civile (*jus*). [3]

È ben vero che si potrebbe credere, che la libertà nostra di avere riguardo all'equità, più che allo stretto diritto, fosse tolta dalla costituzione imperiale, in cui è detto: *inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.* [4] Però una tale difficoltà scompare, quando si dia all'espressione *interpretatio*, ora riferita, il senso che aveva presso i giureconsulti romani. Per essi *interpretatio* non era soltanto, come presso di noi, la spiegazione del vero senso della legge, ma accennava una tale libertà di azione, una tale indipendenza, da potere persino correggere e modificare il diritto costituito, come ne abbiamo gli esempii nel *jus honorarium.*

4° Se la legge è chiara, deve osservarsi la legge, per quanto sia severa. *Quod quidem per quam durum est, sed ita lex scripta est*; [5] ed egualmente si deve rispettare la legge, quando sia evidente il senso che si manifesta del proprio significato delle parole secondo la connessione di esse e non sia manifesta l'intenzione del legislatore. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non est admittenda voluntatis quæstio.* [6] Però se l'espressione della legge è chiara, ma non cor-

[1] Del Rosso, *Saggio di dir. rom. attuale.*

[2] Savigny, § 15. — Keller, § 9. — Puchta, § 21. — Mühlenbruch, § 43.

[3] Distinguono gli interpreti una equità *contra legem*; *præter legem*, e *juxta legem*. L'equità *contra legem*, cioè contro il testo chiaro e positivo della legge, non può ammettersi; altrimenti sarebbe un ammettere la facoltà all'inosservanza delle leggi che condurrebbe all'anarchia.

[4] Lib. 1, tit. 14, Cod. L. 1.

[5] Lib. 40, tit. 9, Dig. fr. 12, § 1. — *Cum scriptum aperte sit, judicem legi parere; non interpretari legem oportere.* Cic., *de invent.* II, 44.

[6] *De legatis*, III, fr. 25, § 1.

risponde all'intenzione manifesta del legislatore, in questa contraddizione fra il pensiero della legge e le parole che lo devono esprimere, il pensiero deve prevalere alle parole che esattamente non lo riproducono. *A significatione verborum recedi oportet, quum manifestum est, aliud sensisse legislatorem.* [1] *Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.*

5º Se sono ambigue le parole, ed è ambiguo il pensiero della legge, si potrà avere riguardo ai risultati che produrrebbe l'una o l'altra delle interpretazioni, ed accogliere quel senso che non racchiuda un assurdo o il minore possibile. *In ambigua voce legis, ea potius accipienda est significatio, quæ vitio caret.* [2] *Quoties nihil sine captione investigari potest, eligendum est, quod minimum habeat iniquitatis;* [3] o che meglio corrisponde alla natura delle cose, ai bisogni reali: *quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipitur, quæ rei gerendæ aptior est;* [4] e in fine il senso più mite e più benigno. *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justum est, quam tutius.* [5] *Benignius leges interpretandæ sunt, quatenus voluntas earum conservetur* [6] *In pœnalibus causis benignius est interpretandum.* [7]

§ 37. Interpretazione delle leggi (continuazione).

Siccome le parole della legge, alterando il pensiero della legge, potrebbero o circoscriverlo troppo, o troppo estenderlo, si può la legge esplicare con una interpretazione, che i moderni, con formole ai Romani sconosciute, chiamano, nell'accennato primo caso: *utilis*, ovvero *extensiva interpretatio, analogica juris productio;* nel secondo, *restrictiva interpretatio.*

L'interpretazione *analogica* ha il suo fondamento nella impossibilità, in cui trovasi il legislatore, di prevedere tutti i casi per comprenderli nella letterale disposizione della legge, e quindi nella ne-

[1] *De legatis*, III, fr. 69.
[2] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 19
[3] Lib. 50, tit. 17, Dig, fr. 200.
[4] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 67.
[5] Ibid. fr. 192, § 1.
[6] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 18.
[7] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 155.

cessità, che si supplisca con una interpretazione estensiva. [1] *Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi; sed cum in aliqua causa, sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet.* [2] *Quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri.* [3]

L'interpretazione estensiva od analogica è adunque quella che per la ragione della legge, *mens legis*, estende la legge a casi non compresi nelle parole; donde il principio: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio.* In questa interpretazione possono presentarsi facilmente due errori, che devono essere evitati: l'uno di estendere la legge a casi, pei quali si creda esistere la stessa ragione della legge, mentre in realtà non vi è; e l'altro di estendere la legge a casi, pei quali siavi la stessa ragione, ma che il legislatore non volle comprendere nella legge. [4] Nella interpretazione estensiva è compreso anche l'argomento che dicesi *argumentum a contrario. Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat.* [5] Così pure se la legge stabilisce una eccezione, ammette implicitamente una regola che viene coll'eccezione confermata. *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.* Una legge, per esempio, dichiara le donne condannate, incapaci di fare testimonianza in giudizio. Questa eccezione racchiude implicitamente la regola, che le donne possano essere testimoni; e questa regola viene dall'eccezione stessa confermata. *Ex eo, quod prohibet lex Iulia de adulteriis, testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere.* [6]

L'interpretazione analogica non è esclusa che nel *jus singulare. Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad*

[1] *Angustia prudentiæ humanæ, casus omnes, quos tempus reperit, non potest capere.* Bacone, *aph.* 10.

[2] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 12.

[3] Ibid. fr. 13.

[4] *In fraudem legis (facit) qui salvis verbis Legis sententiam ejus circumvenit.* — Ibid. fr. 29. — *Fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit, et quod dictat ῥητόν ἀπὸ διανοίας (dictum a sententia) hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.*

[5] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 22.

[6] Lib. 22, tit. 5, Dig. fr. 18.

consequentias. [1] E altrove: *Quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi.* [2]

L'interpretazione restrittiva è quella, con cui, per la ragione della legge, si escludono alcuni casi, benchè sembrino compresi nelle parole. E come l'interpretazione estensiva è appoggiata al principio: *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio:* si volle stabilire l'interpretazione restrittiva alla regola: *Cessante ratione legis, cessat lex ipsa.* Questo principio è però falso, se si intende che la legge resti abolita da sè, senza alcun intervento del potere legislativo, quando cessi la ragione generale della legge; il che sarebbe anche contrario alla politica convenienza, perchè aprirebbe un larghissimo campo all'arbitrio nel giudicare cessata la ragione della legge, per evitare l'osservanza della medesima. [3]

Il principio, *cessante ratione legis, cessat lex ipsa,* non si può intendere che nel senso di escludere dalla legge quei casi particolari, pei quali non vi è la ragione di comprenderli, e gli stessi casi non siano d'altronde espressamente compresi nelle parole della legge.

Del resto, quando per un caso fosse cessata la ragione particolare della legge, ma sussistesse la ragione generale, sotto la quale il caso fosse compreso, anche allora sarebbe inapplicabile il principio: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa.* Se un impubere, per esempio, avesse fatto un ottimo testamento, non si potrebbe tenere valido il testamento suo, poichè sussisterebbe sempre la ragione generale, per la quale non è accordata agli impuberi la facoltà di testare: *Ex his, quæ forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur. — Nam ad ea potius debet aptari jus, quæ et frequenter et facile, quam quæ perraro eveniunt. — Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.* [4]

[1] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 14. — *In casibus ommissis deducenda est norma legis a similibus; sed caute et cum judicio. Durum est torquere leges ad hoc ut torqueant homines. Non placet igitur extendi leges pœnales. In statutis non placet procedi per similitudinem ad casus omissos* — Bac. *aph.* 11, 13, 14.

[2] Lib. 50, tit. 7. fr. 162.

[3] *Optima lex, quæ minimum relinquit arbitrio judicis; optimus judex, qui minimum sibi.* — Bac. *aph.* 8, 46.

[4] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 4, 5, 8.

§ 38. Durata della legge.

Le leggi devono possibilmente avere il carattere della perpetuità.

Soltanto per evidenti ragioni di utilità pubblica possono essere abolite o cambiate. Una tale massima politica è proclamata anche dal giureconsulto Ulpiano. *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est.* [1] E gli imperatori romani confermavano il carattere della stabilità nella forma stessa di promulgazione. *Legem hanc incisam aereis tabulis jussimus publicari.*

Per altro sono così vari e molteplici i bisogni sociali per le incessanti conquiste della civiltà, che le leggi migliori all'epoca della loro pubblicazione possono col tempo rimanere insufficienti o inopportune e rendersi quindi necessarie delle mutazioni.

L'abrogazione delle leggi può avvenire o per una nuova legge che dichiari espressamente di abolire l'anteriore, o per una nuova legge incompatibile colla osservanza della precedente: *constitutiones posteriores fortiores sunt prioribus;* [2] o per una consuetudine contraria.

Ad ogni modo la sopraccennata massima politica di Ulpiano comprende in sè la regola giuridica che l'abrogazione di una legge non si presume; e perciò le leggi posteriori debbono interpretarsi in guisa, da essere conciliate, per quanto è possibile, colle leggi precedenti, non espressamente abolite. *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint.* [3]

Una legge od una consuetudine *speciale* deroglierebbe quindi all'antica legge generale in quei soli rapporti, nei quali non è possibile la coesistenza dell'antica colla nuova legge.

Ma non tutte le leggi possono essere cambiate od abolite. Le leggi,

[1] Lib. 1, tit. 4, Dig. fr. 2.

[2] Lib. 1, tit. 4, Dig. fr. 4. — Intorno alle proposizioni e mutazioni di leggi sono notevoli nelle fonti le espressioni: *Ferre legem*, proporre una legge, *Rogare legem*, chiedere il voto sulla legge proposta, *Abrogare legem*, abolire totalmente la legge, *Derogare legem*, abolire una legge in parte, *Subrogare*, aggiungere qualche cosa ad una legge, *Obrogàre*, modificare in parte la legge precedente.

[3] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 28.

quæ ipsa sibi quaeque civitas constituit, sæpe mutari solent vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata. [1]

Le leggi naturali rimangono invece sempre ferme ed immutabili. *Naturalia jura, divina quadam provvidentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent.* [2] Siffatte leggi non sono un risultato della prudenza che può variare secondo le contingenze dei tempi e dei luoghi, ma sono eterne ed immutabili come la causa da cui derivano. [3]

§ 39. Consuetudine (*mores majorum longa consuetudo*). *Auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum.*

Il diritto consuetudinario è quel diritto che si introduce per mezzo dei costumi. [4] *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est* JUS, *quod dicitur* MORIBUS CONSTITUTUM. [5] Imperocchè, se le leggi non obbligano per altra causa che per essere l'espressione della volontà del popolo, la volontà del popolo, altrimenti manifestata che con leggi scritte, deve per tutti essere egualmente obbligatoria. Ed invero, cosa importa che il popolo manifesti la sua volontà, votando nei comizi, o coi fatti fuori dei comizi? *Quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?* [6]

Laonde gli imperatori romani stabilirono che una consuetudine, da lungo tempo adottata ed indeclinabilmente osservata, fosse pareggiata ad una legge, ed avesse quindi forza di legge: *consuetudo præcedens et ratio, quæ consuetudinem suasit, custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit præses provinciæ. — Leges consuetudo imitatur et... perpetuæ legis vicem obtinere statuimus.* [7]

[1] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 11
[2] Ibid.
[3] V. retro. § 7.
[4] V. retro § 10.
[5] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 32, §. 1. — *Exempla a temporibus bonis et moderatis petenda sunt non tyrannicis. Hujusmodi temporis partus spurii sunt et magis nocent quam docent.* Bacone, *aph.* 22.
[6] Ibid. fr. 32, § 1.
[7] Lib. 8, tit. 53, Cod. L. 1, 3.

Tutte le regole del diritto romano, che erano rispettate, senza che ne fosse nota l' origine, ed erano accolte come venerate tradizioni dell' antica sapienza, venivano sotto la denominazione: *mores majorum; jus moribus receptum; jus quod sine lege vetustas comprobavit; consuetudo; usus longævus.* Tali regole di diritto rappresentavano un *tacitus populi consensus.* Il diritto consuetudinario ebbe pure il suo svolgimento coi dibattimenti del foro e coi giudicati; *res judicatæ; rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas; disputatio fori;* e questo diritto è egualmente conosciuto sotto la denominazione comune di IUS CIVILE. *Hæc disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus.... communi nomine appellatur jus civile.* [1]

Ora si dimanda: nel diritto romano era o non era riconosciuta anche la consuetudine *contra legem?* In altri termini, con una contraria consuetudine si poteva persino abrogare una legge precedente?

La soluzione del quesito non presenta alcun dubbio per la disposizione che abbiamo nel digesto al libro I, tit. 3, fr. 32, § 1, in fine. *Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per* DESUETUDINEM *abrogentur.* [2]

Ma a questo frammento del digesto sembra in opposizione un rescritto reso dall' Imperatore Costantino nel 319 e concepito in questi termini: *Consuetudinis ususque longævi non* VILIS *auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut* RATIONEM VINCAT *aut* LEGEM. [3]

Per questo rescritto parrebbe non solo esclusa la consuetudine *contra legem,* (*consuetudo abrogativa*) ma posta in dubbio anche la consuetudine *praeter legem* e *secundum legem,* (*introductiva; interpretativa*). Ma si può dare al rescritto un senso così apertamente contrario ai principii ricevuti nella romana legislazione sulla attività delle consuetudini? È così poco attendibile questo senso che per ciò deve assolutamente abbandonarsi, e si deve rilevare quale possa

[1] Lib. 1, tit. 2, Dig. fr. 2, § 5.

[2] Vedi un esempio al lib. 9, tit. 2, Dig. fr. 27, § 4. *Hujus legis* (Aquiliæ) *secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit.*

[3] Lib. 8, tit. 53, Cod. L. 2.

essere veramente il pensiero della legge, che le parole non servono ad esprimere con chiarezza.

Le consuetudini *praeter legem* possono in qualunque sistema di legislazione essere operative. Nel silenzio della legge conviene ricorrere ai principii razionali, ed i buoni usi possono considerarsi come l' espressione di questi principii razionali. Dicasi lo stesso della consuetudine che serve di interpretazione alla legge, *secundum legem*. Le leggi si possono infatti interpretare cogli *usi ricevuti*, nei quali è la vera manifestazione del diritto, l'espressione dei bisogni che di mano in mano si presentano e si vanno modificando. [1]

Pare adunque, innanzi tutto, che il rescritto imperiale si riferisca non a consuetudini, *generalmente* ricevute che rappresenterebbero convinzioni giuridiche universali, ma a consuetudini *locali;* ed inoltre, quando il rescritto soggiunge che la consuetudine non può avere tanta forza di vincere la ragione e la legge, *ut aut rationem vincat aut legem,* intenda parlare di una ragione di *utilità pubblica* o di una legge nell' *interesse generale* dello Stato.

L' espressione poco favorevole, *non vilis,* rende probabile infatti l' ipotesi che si tratti di usi soltanto locali. Poichè, se si possono giudicare con isfavore usi particolari, che hanno forse la loro ragione di esistere in convinzioni pregiudicate, non si deve giudicare che con molto riguardo di quelli usi che siano generalmente riconosciuti; essendo più probabile che erri chi nel suo modo di vedere individuale trovi erronei questi usi, che non tutto un popolo che gli reputi conformi a ragione, esprimendo con essi le sue convinzioni giuridiche. È poi naturale che queste consuetudini locali non abbiano a mettersi di fronte e prevalere ad una legge che rappresenti l' *interesse generale* dello Stato, a cui devono anzi essere subordinate ed alcune volte anche sacrificate, se rappresentano interessi affatto parziali. [2]

Il senso del rescritto dell' imperatore Costantino potrebbe quindi essere questo. Le consuetudini locali non sono di una spregevole autorità, ma non devono avere la forza di prevalere a ragioni di utilità pubblica, ed a leggi aventi un carattere assoluto, un carattere politico e che si riferiscano all' interesse generale dello Stato.

[1] Del Rosso, *Saggio di dir. priv. rom. attuale.*
[2] Savigny, *System.*

L'imperatore Adriano, per esempio, stabili con un rescritto la pena di 40 *aurei* contro coloro, che avessero seppellito i morti nell'interno della città e contro i magistrati che non avessero impedito questo disordine. Cosa si avrebbe dovuto dire, se vi fossero state precedentemente o si fossero introdotte consuetudini contrarie? Essendo una legge d' ordine pubblico deve questa essere prevalente ad ogni consuetudine contraria anteriore e non potrebbe essere vinta da alcuna consuetudine locale che posteriormente si andasse introducendo.

Sarebbe altrimenti la cosa, quando la legge fosse d'ordine privato e che potesse essere derogata anche da patti privati. Allora potrebbe la consuetudine rimanere prevalente alla legge. La legge, per esempio, stabilisce che quegli che ottenne in enfiteusi una cosa appartenente ad una chiesa e non pagò il canone per un biennio, decada dal contratto. Come questa legge potrebbe essere derogata da un patto contrario delle parti, potrebbe essere anche derogata da una contraria consuetudine. [1]

Mentre noi accenniamo il senso che ci sembra il più attendibile del rescritto di Costantino, crediamo non inutile di soggiungere che altri interpreti diedero al rescritto stesso varie altre significazioni.

Alcuni credettero dovere distinguere il governo repubblicano dal monarchico e ritennero che la consuetudine possa vincere la legge nella repubblica, non nella monarchia. [2] Altri immaginarono che Costantino volesse accennare a consuetudini *anteriori* alle leggi, le quali non avrebbero tanta forza da prevalere alle leggi pubblicate per togliere le consuetudini stesse [3] Ed altri ancora accolsero le espressioni *consuetudo, usus* del rescritto non come un JUS MORIBUS INTRODUCTUM, ma come una serie di fatti non aventi quei caratteri, pei quali sia costituita una consuetudine nel senso giuridico. [4]

[1] Azo, Comm. in Cod. in L. 2 (VIII, 53). - Savigny, *System*, § 25.

[2] Placentinus, *in Summa cod. tit. quæ sit longa cons.*

[3] Averanius, *interpret*, lib. 2, c. 1.

[4] Puchta *das Gewohnheitsrecht*. — V. Vangerow §§ 14-18. — Sintenis §§ 3-5. — Böcking §§ 10-11. — Keller §. 3. — Nel diritto feudale lombardo era detto delle leggi romane quello che Costantino aveva creduto di stabilire per le consuetudini. E come Costantino aveva riconosciuta non spregevole l'autorità della consuetudine, ma non tale da vincere però la legge e la ragione, nel diritto feudale si diceva, che rispetto ai feudi non era *spregevole l'autorità delle leggi romane*, ma che non potevano esse avere tale forza da vincere gli usi e le consuetudini. *Legum romanarum non est vilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendunt ut usum vincant aut mores.* DE FEUDIS, lib. 2, tit. 1.

§ 40. Della consuetudine (continuazione).

Abbiamo veduto come le consuetudini si distinguano e quale ne possa essere la loro efficacia. Vediamo ora quali siano i requisiti che debbono avere le consuetudini, perchè abbiano l'attività giuridica sopraccennata. Questi requisiti sono:

1º Pluralità di quegli atti che servono di fondamento al diritto consuetudinario. Si è disputato a lungo sul numero che può credersi necessario; e dalla maggior parte degli interpreti ne è rimessa la decisione al criterio del magistrato, *diligentiæ judicantis*, [1] che può secondo i casi esigerne, ora un maggiore, ora un minor numero. Siccome poi questi atti devono essere l'espressione di una convinzione giuridica, ognun vede che il magistrato non potrà prenderli in considerazione, quando abbiano un carattere affatto individuale ed accidentale.

2º Gli atti devono essere uniformi e costanti. *Actus consuetudinis introductivi debent esse uniformes et continui.* Potrebbe credersi manifestata una convinzione giuridica, quando da atti contrarii si manifestassero convinzioni in senso opposto?

3º Gli atti devono essere ripetuti per un lungo spazio di tempo, *tempus diuturnum.* Ma questo spazio di tempo sarà di 10 anni che è il *longum tempus* per la prescrizione? Sarà di 100 anni, perchè l'uso deve essere *longaevus*, e nelle fonti vi ha un frammento, per il quale l'espressione *longaevum* corrisponde a cento anni? Come sul numero degli atti, anche sulla misura del tempo non si può che lasciare la decisione alla prudenza del magistrato. Questi atti devono essere giustiziali? Alcuni interpreti credettero indispensabile un tale requisito; ma si potrebbe osservare, che se in alcuni giudicati non fossero espresse le convinzioni giuridiche comuni, tali giudicati non si potrebbero considerare che l'espressione dell'opinione individuale del giudice.

4º Gli atti che devono servire come monumento di diritto consuetudinario devono fondarsi sulla convinzione della loro necessità, *ex necessitatis opinione*, e non sopra un errore. La convinzione giu-

[1] Lib. 22, tit. 5, Dig. fr. 3 § 6.

ridica è anteriore all'atto; l'atto non serve che ad estrinsecarla; l'atto deve quindi fondarsi sulla verità di questa convinzione, di cui l'atto stesso esteriore è poi la manifestazione.

5° Gli atti devono essere conformi alla ragione, *rationabiles.* Con questo non vogliamo dire che il giudice abbia ad avere la sua ragione individuale al di sopra della ragione sociale. La consuetudine si presume ragionevole; ma la persuasione cede alla prova in contrario; e perciò, quando fossero addotti degli usi che evidentemente fossero cattivi ed insensati, allora soltanto il giudice non potrebbe accoglierli come una fonte di diritto. *Quod non ratione introductum est, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.* [1]

6° Gli atti devono avere finalmente il carattere della pubblicità. E infatti como si potrebbe dire che il popolo, *rebus et factis* abbia manifestata la sua volontà, quando gli atti non avessero un carattere pubblico? Come si potrebbero dire proprii a manifestare l'opinione comune quegli atti, contro i quali l'opinione comune non potesse protestare, per essere atti non aventi una vita pubblica? D'altronde, atti che si consumassero nel segreto e si credessero tali da potere egualmente manifestare una opinione comune formerebbero una eccezione così rara da sfuggire in certo modo al *jus* che deve adattarsi *potius ad ea quæ et frequenter et facile, quam quæ perraro eveniunt.* [2]

Non è poi necessario che il legislatore riconosca esplicitamente le consuetudini che suppliscono o interpretano le leggi. Queste sono per sè operative, poichè il magistrato deve nell'interpretare la legge, subordinare il suo arbitrio ai principj universali del diritto, e, nel silenzio della legge, sarebbe reo di negata giustizia, quando non applicasse quei principii universali, di cui le consuetudini servono di manifestazione. Ma quanto alle consuetudini *contra legem*, sono a distinguersi i paesi, ove sia vigente il diritto romano, da quelli nei quali non fosse un tale diritto in vigore.

Pel diritto romano essendo, come vedemmo, riconosciute in alcuni rapporti anche le consuetudini *contra legem*, queste avrebbero la

[1] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 39. — *Pravum usum lex et ratio vincat.* Decretum Gratiani Distinct. XI.

[2] Lib. 1, tit. 3, Dig. fr. 5.

forza di abolire una legge anteriore; e non importerebbe, che il diritto romano fosse legge in paese con forma monarchica, perchè, ***sub populi nomine etiam princeps venit,*** e nel principe secondo le fonti, ***populi potestas translata est.*** La consuetudine avrebbe quindi una attività pari a quella della legge, per cui se una legge può abolire una consuetudine, può altresì una consuetudine abolire una legge. Ove però non sia in vigore il diritto romano, le leggi avrebbero perpetua la loro attività, finchè non fossero dal potere legislativo abolite. Il dubbio poi non potrebbe neppure elevarsi, quando vi fosse esplicita una disposizione contraria, che alle consuetudini non si dovesse avere riguardo, ovveramente, vi si dovesse avere riguardo in que'soli casi che fossero dalla legge stessa determinati.

LIBRO SECONDO

Delle Persone

TITOLO I.

DEL DIRITTO IN SENSO SOGGETTIVO

§ 41. Idea del diritto in senso soggettivo.

Il diritto, in senso soggettivo, è la facoltà di fare o di esigere che altri faccia qualche cosa. È in questo senso, che ad ogni diritto corrisponde un dovere. Un tale assioma si esprime, d'ordinario, sotto la forma seguente: *jus et obligatio sunt correlata;* ma, secondo il rigoroso linguaggio delle nostre fonti, dovrebbesi invece sostituire la forma: *jus et officium sunt correlata.* Infatti, secondo le fonti, *obligatio* esprime un rapporto fra due persone *determinate,* in forza del quale, l'una è tenuta ad una prestazione verso l'altra. Ora, non ogni diritto produce di necessità il vincolo di una prestazione. A noi competono dei diritti assoluti, *sine respectu ad certam personam,* come a cagione d'esempio, il dominio sopra una cosa; questo diritto esiste in noi, astrazione fatta da ogni altra persona. Se alcuno lede il nostro diritto di dominio; egli sarà, non v'ha dubbio, responsabile verso di noi; ma la causa dell' *obligatio* non è il nostro diritto che preesisteva al fatto della lesione, ma bensì la lesione commessa contro il nostro diritto. *Jus et officium* possono considerarsi *correlata* nel senso, che, non esistendo anche quello speciale rapporto obbligatorio, che i Romani chiamano *obligatio,* ad un nostro diritto assoluto corrisponde il dovere negli altri di non portare una lesione al diritto nostro.

Ad ogni diritto adunque corrisponde un dovere; ma un' impor-

tante differenza esiste fra i doveri; di cui, alcuni sono tali, che si possono far adempire col mezzo della forza, ed altri, pei quali non si può impiegare la forza per il loro adempimento. Donde la distinzione di doveri *perfetti* e doveri *imperfetti;* e siccome, anche ai doveri corrispondono altrettanti diritti, emerge pure la distinzione di diritti giuridici e diritti morali. [1] All'idea di un diritto giuridico, in altri termini, di un diritto a cui corrisponda un dovere perfetto, al cui adempimento possa aver luogo l'uso della forza, si richiede 1° un *soggetto*, ossia una persona a cui competa, 2° un *oggetto*, a cui il diritto si riferisca, 3° che un tale diritto sia riconosciuto e garantito dalle leggi. [2]

§ 42. Divisione del diritto inteso in senso soggettivo.

Ogni diritto si riferisce alle persone, alle cose, od alle azioni. *Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.* [3]

Le relazioni di persona a persona sono determinate da una regola giuridica, che assegna a ciascun individuo una sfera di azione per la sua libera volontà.

Per diritto originario, l'uomo può liberamente disporre di sè e delle sue facoltà; e questo potere naturale che ha l'uomo sopra di sè medesimo è difeso da molte istituzioni positive, che, mentre proteggono l'inviolabilità della persona, nella vita, nella salute, nella libertà e nella considerazione, raggiungono ad un tempo altri eminenti scopi civili.

Ma l'uomo, oltre essere considerato nella sua personalità individua, deve considerarsi altresì, quale membro dell'intiera società civile, con una vita perpetua in essa, nella sua riproduzione. Quindi ci si presenta in una famiglia, di cui è fondamento il matrimonio, donde i rapporti della podestà patria, o di una potestà che tenga le veci di essa, ed i rapporti di parentela, per una comunione naturale fra gli individui di uno stesso sangue, o per una comunione

[1] Vedi retro § 4.

[2] *Officium* indica, pei Romani, tanto un dovere perfetto che un dovere imperfetto. Le espressioni *cogendus est, tenetur, necesse est, debet, debetur* si riferiscono poi sempre a doveri perfetti.

[3] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 1. — Lib. 1, tit. 2, Inst. § 12.

anche artificiale, nella agnazione civile; e questi rapporti, in parte regolati dal diritto positivo, ma generalmente da principii morali, costituiscono quel complesso di diritti, che vengono sotto il nome comune di diritto *di famiglia*.

Il diritto risguarda, oltre che le persone, anche le cose e le azioni.

Il diritto sulle cose è innanzi tutto rappresentato dalla proprietà, ossia dal dominio assoluto ed esclusivo di una persona sopra una cosa. La proprietà è poi suscettiva di varie modificazioni, i di cui limiti sono riconosciuti dal diritto positivo; donde gli *jura in re*.

Nel diritto sulle cose sono pure comprese le obbligazioni.

I rapporti di diritto fra una persona ed un' altra persona possono essere di due specie.

O la persona estranea è soggetta al dominio assoluto della nostra volontà, e allora essa persona è pareggiata in questo riguardo ad una cosa. Il nostro diritto è ancora, in certo modo, il diritto di proprietà, di proprietà sopra un uomo, come era la schiavitù presso i popoli antichi, compresivi i Romani; e come può essere oggigiorno negli Stati, nei quali dura tuttavia quest'empia istituzione.

O una determinata persona è soggetta a noi in qualche atto suo soltanto, senza che venga, per questo, distrutta la sua libertà, ed allora sorgono quei rapporti di diritto che vengono sotto il nome di *obbligazioni*.

Del resto, è inutile osservare che, avendo il diritto bisogno di una materia esteriore, sono oggetti del diritto que'soli atti dell'uomo, che possono appunto presentare una natura esterna, materiale. Ed è sotto questo riguardo, che può ancora distinguersi il diritto *di famiglia* dal diritto *delle obbligazioni*.

Il diritto sulle cose comprende in sè anche lo sviluppo dell'importantissimo istituto delle successioni, poichè, rappresentando l'eredità una estensione del potere della volontà dell' uomo oltre il termine della vita, per una finzione del diritto positivo, il defunto vive ancora nella sua eredità e ne' suoi eredi. Gli eredi, nei quali il defunto continua a vivere, per finzione giuridica, o sono designati da una legge del defunto stesso (successione testamentaria) o dalle leggi dello Stato (successione legittima), fra quelli, che erano i più prossimi alla persona del defunto. Così i beni, comunque sia temporanea la personalità del proprietario, a cui sono inerenti, non perdono, col cessare di essa personalità, il loro carattere giuridico di

proprietà privata, ma conservano questo carattere nella personalità del defunto assunta dagli eredi. [1]

Le azioni sono coordinate ai diritti esigibili. *Omne jus redditur personis, de rebus, per actiones.* E l'azione, in lato senso, è ogni mezzo legale con cui noi procuriamo di far valere o di difendere i nostri diritti.

Risulta adunque dalle esposte cose che i diritti riconosciuti e garantiti dallo Stato col mezzo della legge, sono:

1° Diritti, che si riferiscono alla capacità giuridica di una persona in generale;

2° Diritti, che, presupposta la capacità giuridica in generale, risguardano le relazioni di famiglia;

3° Diritti che si riferiscono ai beni.

Titolo secondo.

IDEA E DIVISIONE DELLE PERSONE.

§ 43. Diritto delle persone.

Cum, hominum causa, omne jus constitutum sit, primum de personarum statu, ac post de cæteris... ut res patitur, dicemus. [2]

Il diritto delle persone abbraccia le dottrine sulla capacità giuridica ne' tre suoi fondamenti; la libertà; la cittadinanza; la famiglia; e vi si comprende pure la tutela, perchè questa non ha altro oggetto che di supplire all'incapacità di agire. Il diritto di *famiglia* è quindi uno degli elementi del *jus personarum;* ma non è a confondersi con esso.

§ 44. Uomo e persona.

Persona e uomo valgono come sinonimi pei grammatici, e anche

[1] Siccome è per una legge positiva che la proprietà privata, alla morte del proprietario non diviene proprietà pubblica, lo Stato, quasi a compenso della protezione che offre, vuole egli pure avere, d'ordinario, dalla sostanza ereditaria una parte, ora più, ora meno sensibile, rappresentata dalle tasse finanziarie.

[2] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 2. — Böcking, *Pand.* I. — Schilling, *Instit* II. — Savigny *System* II.

in diritto naturale. All'idea di un diritto è necessariamente coordinata quella di una persona, a cui appartenga il diritto stesso.

Ma pel diritto romano non ogni uomo è persona, cioè ha una personalità, una capacità giuridica in tutta la sua estensione, per esempio, lo schiavo.

Ed invece altri enti, non uomini individui, hanno una personalità, una capacità giuridica. Da qui la distinzione di persone fisiche, e di persone giuridiche.

È una persona fisica, *singularis persona*, l'uomo considerato capace di diritti e doveri. Sono persone giuridiche, quelle riconosciute per una finzione giuridica. [1]

Persona non indica soltanto il soggetto attivo e passivo del diritto, ma indica anche la stessa capacità giuridica in generale od una certa capacità giuridica in particolare, e quindi i vari caratteri di cui un uomo può essere investito. Un uomo può avere infatti certi diritti e doveri per la sua speciale qualità di padre, di marito, di tutore, di esecutore testamentario, e simili. Ed è sotto questo riguardo che si suol dire, che un uomo può rappresentare ad un tempo più persone. *Homo plures personas sustinere potest.* [2]

Importa allora di verificare in quale carattere debba un uomo considerarsi, per determinare i suoi diritti e doveri. Ad ogni modo, egli non può estendere privilegi inerenti ad una qualità ad altra qualità che ne sia destituita; nè il suo agire sotto un determinato carattere può essere rivolto contro altri caratteri da lui rappresentati. [3]

[1] Persona (da *personare* risonare) indicava in origine la maschera, disposta in forma di porta-voce, con cui gli attori si coprivano il volto, perchè le parole, giungessero fino alle parti estreme dei vasti anfiteatri. In seguito non indicò la maschera, ma il carattere rappresentato dall'attore. Noi siamo gli attori, usando l'espressione dei poeti, nel grande dramma della vita sociale; ed è perciò che possiamo ancora essere chiamati persone. Vedi Heineccii *Recit. in elem. juris civilis.* — De Fresquet, *traité élém. de d. r.* — Sull'etimologia di persona. V. Döderlein, *Latein Synon.*

[2] *Tres personas unus sustineo summa animi aequitate, meam, adversarii, judicis.* - Cic. *de Orat.* II, 24.

[3] Hert, *De uno homine plures sustinente personas.*

§ 45. Persone fisiche.

Requisiti per l'esistenza di una persona fisica.

I requisiti, perchè un uomo si possa risguardare come persona, ossia come capace di diritti, sono, in generale, i seguenti: che sia *nato;* nato *vivo;* ed abbia *forma umana.*

Nato, dicesi quegli che è già separato completamente dall' alveo materno. *Partus, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum.* [1] *Partus, nondum editus, homo non recte fuisse dicitur.* [2]

Quegli che è ancora unito al seno della madre, *partus nondum editus, nasciturus, venter,* che quindi non vive di una vita propria, ma di una vita organicamente collegata con quella della madre, soltanto per una finzione giuridica, si considera come nato, in quanto si tratti dei di lui vantaggi e non dei vantaggi di un terzo. *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur; quoties de commodis ipsius partus quæritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.* [3] — *Antiqui libero ventri ita prospexerunt ut in tempus nascendi omnia ei jura integra servarent.* [4] Noi vedremo più innanzi le varie applicazioni di questa regola. Ci limitiamo qui a soggiungere che la vita dell' infante è protetta da leggi penali e di polizia, e i suoi diritti futuri gli sono garantiti dalle leggi civili. Così, per accennare un esempio, se alcuno muore lasciando la vedova incinta, la legge vuole che per le parti ereditarie si tenga conto del figlio che nascerà; e siccome non si può prevedere nè il sesso, nè il numero dei figli che verranno alla luce, in generale, parrebbe doversi tenere sospesa la divisione dell'eredità fino al tempo della nascita. Notiamo poi come per le fonti, dividendosi l'eredità, si dovesse tener conto della possibilità di tre gemelli. *Iuris auctores... quia*

[1] Lib. 25, tit. 4, Dig. fr. 1. - Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 161.

[2] Lib. 35, tit. 2, fr. 9, § 1. - *Natum accipe, etsi exsecto ventre editus est.* - Lib. 28, tit. 2, Dig. fr. 12, pr. - Lib. 38, tit. 17, Dig. fr. 1, § 5. - Lib. 5, tit. 2, Dig. fr. 6, pr. - Lib. 6, tit. 29, Cod. L. 3.

[3] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 7, 26.

[4] Lib. 5, tit. 4, Dig. fr. 3. - Lib. 36, tit. 2, Dig. fr. 18. - Vedi anche lib. 46 dei Basilici.

fieri poterat ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio assignaverint. [1]

L' infante deve avere *vissuto, separato dalla madre*, poichè, se il figlio, in un parto laborioso desse segni di vita, ma morisse prima di essere completamente separato dalla madre, si considererebbe, riguardo ai diritti statigli riservati pel caso di vita, come se non fosse mai stato concepito. *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt.* [2]

Nel dubbio, se un figlio sia nato vivo o morto si presume essere nato vivo. Chi pretende il contrario deve provarlo. E se il figlio sia nato vivo, si potrà giudicarlo, non solo dall'emissione delle grida, ma anche da altri indizj. [3]

Il nato deve avere *forma umana*. Quindi non hanno capacità giuridica gli esseri mostruosi, che nel capo non abbiano forma d'uomo; *caput, cujus imago fit, unde cognoscimur.* [4] — *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis, converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit.* [5] Avrebbero però capacità giuridica quelli che, nati con forma umana, avessero qualche deformità per eccesso o per difetto dei membri. *Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, veluti tribus*

[1] Lib. 5, tit. 4, Dig. fr. 3.

[2] Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 129. - Questo principio si riferisce e alla capacità di diritto del figlio e, per l'antico diritto, ai vantaggi proprii delle donne, che avessero procreato figli. Questo principio però non si applica alle pene inflitte alle donne senza figli. Così la nascita di tre gemelli basta per esimere dalle pene suddette, quale sarebbe l'esclusione dalla successione testamentaria per la donna ingenua che non fosse madre di tre figli, mentre, perchè la madre potesse succedere ai proprii figli *ab intestato* in forza del senatoconsulto Tertulliano doveva essersi per tre volte sgravata. La *Latina* otteneva il diritto di cittadinanza, se madre di tre figli e il diritto di successione pel senatoconsulto Tertulliano se madre di quattro.

[3] Lib. 6, tit 29, Cod. L. 3.... *Sabini existimabant, si vivus natus esset, et si vocem non emisit, rumpi testamentum, apparet, quod, et si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat.*

[4] Lib. 11, tit. 7, Dig. fr. 44, pr.

[5] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 14. - Trattandosi di certi privilegii, di cui godessero le madri, l'infante mostruoso verrebbe computato come figlio nato. - *Quod fataliter accessit matri damnum injungere non debet.* - La nascita di tre gemelli bastava *ad legum pœnas evitandas*. Perchè la donna potesse essere ammessa al beneficio del Sc. Tertulliano, era invece necessario che si fosse tre volte sgravata, come vedremo nell'istituto delle successioni. - Paul. IV, 9, § 1, 2, 8.

manibus forte aut pedibus, aliquatenus videtur effectus, et ideo inter liberos connumerabitur. [1]

§ 46. Se l'infante, per la capacità giuridica, debba essere nato anche vitale.

L' infante, per avere una capacità giuridica, basterà che sia nato vivo con forma umana, o dovrà essere anche vitale, cioè coll' attitudine in sè a continuare la vita?

È questo un punto assai contestato; e mentre gli antichi giureconsulti inclinavano a ritenere che alla capacità giuridica fosse necessario, che l' infante fosse anche *vitale*, fra i moderni, parecchi giureconsulti sostennero la tesi contraria, vale a dire, che abbia una capacità giuridica il figlio nato vivo, sebbene *non vitale*.

Noi abbracciamo l' opinione degli antichi interpreti, che pure fu anche ai nostri giorni sostenuta da giureconsulti sommi, che il figlio per avere la capacità giuridica, debba essere nato vivo e vitale. [2]

La mancanza di attitudine a continuare la vita può considerarsi sotto due aspetti; o perchè il feto è *immaturo;* ovveramente, sebbene maturo, perchè ha difetti tali nel suo organismo da essere per lui *impossibile* la continuazione della vita. Quando si verifichi l'uno o l' altro di questi due estremi, il nato non può ritenersi capace di diritto. Infatti il diritto è il mezzo necessario a compiere le condizioni della vita; ed è assurdo il concepire l'idea di un diritto, senza un soggetto a cui possa riferirsi; e il soggetto non esiste, se la vita non esiste. L' uomo assolutamente *non vitale* non ha bisogni da soddisfare, non fini da compiere. Per lui non può quindi esistere il diritto, per la stessa ragione, per la quale sono incapaci di diritti, *liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur*; [3] *Monstra vel prodigia quæ Græci φαντάσματα vocant.* [4]

[1] *Si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen an adhuc testamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit.* - Lib. 28, tit. 2, Dig. fr 12, § 1. - Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 14. - Lib. 6, tit. 29, Cod. L. 3. - Lib 50, tit. 16, Dig. fr. 38, 135 - PAUL. IV, 9, 3, 4.

[2] Del Rosso, *Saggio di diritto romano attuale.* - Haimberger, *Jus romanum privatum idque purum.* - Mackeldey, *Lehrb. der Inst. des heut. röm. R.* - V. anche art. 725 e 906 del Codice francese, e il lib. 1, cap. 3 del Codice di Baviera.

[3] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 14

[4] Lib 50, tit. 16, Dig. fr. 38

Il nato, *non vitale*, che non può quindi esercitare che le funzioni di una vita apparente, imperfetta, non può, in certo modo, dirsi neppure *perfecte vivus*. [1]

Un figlio può essere *vitale*, nascendo nel settimo mese dopo il suo concepimento. Ciò è comunemente ammesso. *Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis*. [2] Evidentemente le espressioni, *perfectus partus*, importano qui un infante vivo e vitale, e sono in opposizione all'*abortus*, che, come tale non è capace di alcun diritto; *uxoris abortu testamentum mariti non solvi*. [3] La capacità giuridica non dipende soltanto dalla nascita, ma dalla vita; e il feto, che nasce tanto immaturo da non essere atto alla vita, deve considerarsi un *abortus*; così pure il feto che nasce con tali imperfezioni, da essergli *impossibile* la continuazione della vita, deve pareggiarsi ad un fantasma, e non può considerarsi uomo, dal momento che la sua vita non è che meccanica ed apparente, non organica e reale. [4]

L' opinione contraria, vale a dire, che alla capacità giuridica non sia necessaria nell'infante la vitalità, ma basti il fatto dell'esistenza apparente è principalmente sostenuta coi seguenti argomenti.

1º I testi delle leggi romane, che accennano ad un perfetto parto, quando il figlio nasca nel settimo mese, cioè nel 182.º giorno dal suo concepimento, non concernono, per sè stessi, la *vitalità*, come condizione della capacità giuridica, ma concernono invece la presunzione di paternità nel marito; quando i figli siano nati dalla moglie nel settimo mese, dopo conchiuso il matrimonio, ovvero nel decimo dopo lo scioglimento.

2º La questione intorno alla vitalità sembra decisa, si soggiunge, dalla legge 3 Codicis *de posthumis*, lib. 6, tit. 29, ove è detto

[1] Lib. 6, tit. 29, Cod. L. 3.

[2] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 12.

[3] Lib. 6, tit. 29, Cod. L. 2.

[4] Lib 38, tit. 16, Dig. fr. 3. – *Qui ante septimum, vel octavo mense prodeunt, imperfecti sunt* NEC VITALES. *Cujacius in Paulum* IV. 9, § 5. – L'opinione manifestata dal Cujaccio che gli infanti possano continuare a vivere, se nascono nel SETTIMO mese, ma non abbiano attitudine a vivere, se nascono nell' OTTAVO non è presentemente accolta dalla medicina legale. – Abbiamo in Plinio: *Ante septimum mensem haud unquam vitalis est. Septimo mense non nisi pridie posteriore plenilunii die aut interlunio concepti nascuntur. Tralatitium in Egypto est et octavo gigni.* — V. G. E. Oeltze, *de partu vivo e vitali.* — Alph. a Caranza, *de partu naturali et legitimo.* — Haller, *Vorl. uber die gerichtl. Arzneiwissensch.*

« *Sancimus, si vivus filius perfecte natus est, licet illico, postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit: nihilominus testamentum rumpi: hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium* ». [1]

Il Legislatore, si conchiude, qui non distingue se il figlio, che, appena nato, morì, fosse vitale o non vitale; e non deve farsi una distinzione, che non è fatta dalla legge. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

3° Ammesso, si dice per ultimo, che non sia vitale il figlio, che nasce prima del 182.° giorno dal suo concepimento, come potrà essere stabilito il giorno, in cui il figlio sarà stato concepito? Quale sarà il perito, che potrà dire con certezza, che il figlio sia nato nel 182.° giorno, piuttosto che nel 180.°? Basta adunque alla capacità giuridica il fatto della vita, poichè, intorno alla vitalità, possono sorgere troppo vive contestazioni nel giudicarla. [2]

Al primo argomento, oppostoci dagli avversarj, noi rispondiamo, che è ben vero, che le leggi romane, che accennano ad un perfetto parto, se il figlio nasce nel 182.° giorno dal suo concepimento, concernono la paternità e non veramente la questione della vitalità, ma l'idea della vitalità può ritenersi implicita, quale condizione giuridica, poichè ad ogni modo, avanti il settimo mese, si avrebbe pur sempre un *imperfectus partus*.

In quanto al secondo argomento degli avversarj, è pur vero, che la legge 3 Codicis, *de posthumis*, sopraccennata, dice, bastare alla idea della capacità giuridica, che il nato non sia un essere mostruoso o prodigioso, ma è però altrettanto vero, che la legge stessa suppone sempre che il figlio, *vivus perfecte natus sit*. Ora, quegli che nasce prima del settimo mese non può ritenersi, come *perfecte natus*, ma si bene un aborto; come non può ritenersi nè *vivus*, nè *perfecte natus*, quegli che non ebbe che una vita meccanica ed apparente, non organica e reale; e deve perciò non considerarsi uomo, ma pareggiarsi ad un fantasma.

[1] Anche nel lib. 28, tit. 2, Dig. fr. 12, § 1, si legge, come vedemmo; (§ 45): *Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit.*

[2] Carpzov. *Jurispr. forensis.* — J. A. Seiffert, *Erörterungen einzelner Lehren des r. Privatrechts.* — Vangerow, *Pandekten.* — Savigny, *System. app.* III — Maynz, *Éléments de droit romain.* — Keller, *Pandekten.*

Finalmente, in quanto all'ultimo argomento, noi non neghiamo, che possa essere ben difficile, forse impossibile il distinguere, se il feto sia nato nel 180.° piuttosto che nel 182.° giorno dal suo concepimento; ma dietro le accurate osservazioni di fatto e colla scorta dei trattati di medicina legale, che somministrano tavole progressive, per conoscere approssimativamente, dall' esame del feto, l' epoca della concezione, non è egualmente impossibile il decidere, se il feto sia giunto, o no, a quella maturità, per la quale possa considerarsi vitale. Coll'opinione contraria, il feto che viene alla luce dopo cinque, dopo quattro mesi di gestazione, si dovrebbe ritenere capace di acquistare e trasmettere diritti; mentre le leggi suppongono che il figlio, sebbene per pochi istanti, abbia goduto una vita perfetta; suppongono un parto, anche prematuro, non mai un aborto.

Concludiamo quindi che, in massima, come si presume che il figlio sia nato vivo, si presumerà nato anche vitale; ma che, quando sia *pienamente provato* che il nato mancasse dell'organismo necessario alle funzioni della vita, non essendo vitale, non si possa neppur dire nato perfettamente vivo; e non sia quindi capace di diritti.

§ 47. Estinzione della personalità fisica.

La personalità di un uomo cessa colla di lui morte.

La morte di una persona non si presume punto; essa deve essere provata. Ed una tale prova riesce assai difficile, quando si tratti di precisare il momento, in cui la morte può essere avvenuta, particolarmente se trattasi di più persone, aventi rispettivi diritti di successione, l' una verso l' altra, mancate ai vivi nello stesso pericolo. [1]

Le leggi considerano, in generale, i cento anni, come il termine massimo della vita umana; ma in nessuna disposizione è detto, che debba reputarsi morto l' assente che compì i cento anni. [2]

Nel diritto comune germanico, per una inveterata consuetudine, prevale il principio, che l' assente si possa presumere morto, quando si ignori il luogo di sua dimora, e siano, dalla sua nascita, trascorsi

[1] Gœdecke, *de jure commorientium.*
[2] Lib. 7, tit. 1, Dig. fr. 56 — Lib 1, tit. 2, Cod. L. 24. pr. § 1.

settant'anni. [1] Le questioni, che insorgono intorno all'applicazione di questo principio, non appartengono al nostro istituto. [2]

Un solo caso è previsto nel diritto romano, e per il quale sono stabilite certe presunzioni, ed è quello, in cui, due persone siano morte nello stesso giorno e nello stesso pericolo, per esempio, una battaglia, un naufragio e simili; e non *si* sappia, quale di esse sia morta la prima, mentre ciò importerebbe conoscere, massime pei rapporti di successione. Ora, in questo caso, la presunzione generale è, che tutte e due siano perite nello stesso momento. *Si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.* [3]

Questa presunzione subisce però una eccezione nel caso, in cui sia perito un figlio con suo padre o con sua madre; poichè, se il figlio è pubere, si presume, che sia il figlio sopravvisuto al padre; se impubere, si presume che sia al padre premorto. *Si Titius cum filio pubere perierit, intelligitur supervixisse filius patri..... si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi contrarium probetur.* [4]

L'eccezione ora accennata non avrebbe più luogo, quando il padre, perito col figlio, fosse un liberto. Padre e figlio, fosse questi anche *pubere*, si presumono allora morti ad un tempo; così, non presumendosi superstite il figlio, manca il successore al padre, e sono più favoriti i diritti del patrono. Egualmente, non si presumerebbe superstite il figlio, sebbene pubere, se perito col padre, quando un testatore avesse stabilito un Fidecommesso a carico dell'erede « *Si sine liberis decesserit* ». Il Fidecommesso dovrebbe avere il suo effetto, perchè, nella presunzione di morte simultanea, la condizione si troverebbe adempita.

La legge, accennando alla presunzione di premorienza del figlio, se impubere, o del padre se il figlio è pubere, suppone il fatto di una morte violenta nello stesso pericolo. Potrà estendersi la presun-

[1] V. il Salmo 90, v. 10, in cui è detto « *I giorni dei nostri anni in alcuni non sono che settant'anni* » che si vuole fondamento della consuetudine germanica.

[2] V. Hofacker, *Princ. juris civ. rom. germ.* — Mittermaier, *Deutsches Privatrecht.* — Eichorn, *Deutsches Privatrecht.* V. § 24. 112-114, 277, 278 del Cod civ. gen. austriaco.

[3] Lib. 34, tit, 5, Dig. fr. 18.

[4] Lib. 34, tit. 5, Dig, fr. 9, § 4.

zione al caso di morte, avvenuta in pericoli differenti? La legge parla di genitori e figli; si potrà estendere la presunzione al caso, in cui tali rapporti non esistano? Noi non lo crediamo. È regola generale che, *necessitas probandi incumbit illi, qui agit.* [1] Questo principio soffre una eccezione, quando il fatto che dovrebbe provarsi, sia già presunto dalla legge, in altri termini, nel caso di una presunzione legale. La presunzione di cui ci occupiamo nello spiegare questa legge 9, Dig. *de rebus dubiis*, è presunzione *juris*, non *juris et de jure*, perchè ammette la prova del contrario « *nisi contrarium probetur* ». Questa presunzione, che esime dall'obbligo della prova è una *eccezione* alla regola; epperò non può trarsi ad esempio. [2]

Notiamo, che, quando l'effetto della morte consistesse nel rendere irrevocabile un *acquisto già fatto*, che avrebbe potuto essere revocato, come avviene nelle donazioni tra conjugi, *donationes inter virum et uxorem*, e nella donazione a causa di morte, *donatio mortis causa*, il donante si presume allora, nel dubbio, morto prima del donatario. [3]

§ 48. Persone giuridiche.
Diverse specie di persone giuridiche.

Dicemmo che, in generale, soggetto del diritto è l'uomo; ma, come il diritto romano ha ristretta questa idea, privando della capacità di diritto lo schiavo, in altri rapporti estese l'idea della personalità, attribuendola, per un fine giuridico, a soggetti, che non sono uomini individui; e sono appunto questi soggetti, che diconsi persone *astratte*, persone *civili*, persone *morali*, persone *finte*, persone *giuridiche*. [4]

La *capacità di diritto*, di cui sono investite le persone giuridiche, può essere più o meno estesa dalle disposizioni di legge, ma è pur sempre circoscritta ai rapporti di diritto privato; e in questi rap-

[1] Lib. 22, tit, 3, Dig. fr. 21.

[2] V. Vangerow, *Pandekten*, Savigny, *Systèm*. — Maynz, Keller, Seuffert, Mackeldey; ed una opinione contraria in Heimberger, Wening, Mühlenbruch.

[3] Lib. 34, Dig. tit. 5, fr. 89. — Lib. 24, tit. 1, Dig. fr. 32, § 14. — Lib. 29. tit. 6, Dig. fr. 26.

[4] Lib. 3, tit. 4, Dig. — Lib. 47, tit. 22, Dig. — Lib. 50, tit 1-11, 15. — Lib. 1, tit. 2 e tit. 3, Cod.

porti, ai *diritti sulle cose;* la proprietà, gli *jura in re,* le obbligazioni, quale mezzo di acquisto. Il diritto di famiglia, come è naturale, è affatto escluso.

In due classi possono distinguersi le persone giuridiche. Alcune hanno veramente una esistenza naturale, e si manifestano esteriormente per mezzo di più persone fisiche, pel di cui fine giuridico sono costituite, a cagione d'esempio, le comunità; o anche per mezzo di una sola persona fisica, a cagione d'esempio, il Principe. *Quod principi relictum est, qui antequam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est, ex constitutione divi Antonini, successori ejus debetur.* [1] Altre non hanno, che una esistenza ideale; ed è il fine giuridico, per cui sono costituite, che è elevato esso stesso artificialmente a persona giuridica, come sono, per esempio, le pie fondazioni. [2]

Le persone giuridiche, che vengono sotto la denominazione di corporazioni, *universitates, collegia, corpora,* possono avere una particolare costituzione regolamentare, e possono non averla; da qui la distinzione di *universitates ordinatæ* ed *inordinatæ.*

Nelle più remote tradizioni romane noi troviamo abbozzata l'idea delle persone giuridiche, nei *fratres Arvales,* nei *sodales Titii,* nel *collegium mercatorum,* [3] nei *collegia opificum,* nelle società di artisti; e simili; e collo estendersi della cerchia di Roma, nei municipj; nelle colonie; nello Stato stesso, sotto il nome di fisco; ed in astrazioni personificate, come sarebbero gli Dei e gli eroi divinizzati. Laonde, volendo enumerare le principali persone giuridiche, riconosciute dal diritto romano, queste sarebbero: i Comuni e le associazioni volontarie; le fondazioni; il fisco; l'eredità non accettata, *hereditas jacens,* che nelle fonti è *pareggiata* appunto ad una persona giuridica. *Hereditas (jacens) personæ vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.* [4]

Ai comuni apparterrebbero, secondo le nostre fonti, le persone

[1] Lib. 31, sive De legatis II, Dig. fr. 56

[2] Savigny, *Sistem* § 85. — Maynz, *Élém. de droit romain.* § 107. — Pfeifer, *Die lehre von den juristischen Personen, etc.* Uhrig. *über die juristischen Personen, etc.* — Thibaut, *Pandechtenrecht* § 129. — Böcking § 60. — Göschen § 62. — Puchta, § 25. — Schilling § 46. — Keller § 34. — Vangerow § 53. — Heimberger § 68 — Mackeldey § 147. — Del Rosso § 89.

[3] Tac. *Ann.* I, 54, II, 95. - Liv. II, 27.

[4] Lib. 46, til. 1, Dig. fr. 22. — Heineccius, *De collegiis et corporibus opificum.* — Beseler, *Das Recht der Genossenschaft.* — Th. Mommsen, *de colleg. et sodal. Rom.*

giuridiche, che vengono sotto la denominazione di *Civitates*, *Municipia*, *Respublica*, *Communitates*, e così alcune delle parti integranti, costituenti le comunità principali, per esempio, *Curiæ* o *Decuriones; Vici*, *Fora*, *Conciliabula*, *Castella*. Anche le provincie sono, nel diritto romano, considerate fra le persone giuridiche, come grandi comunità.

Alle associazioni volontarie apparterrebbero le società religiose, le società di pubblici uffiziali, scrivani, notaj, ecc.; le società industriali, le associazioni amichevoli, *sodalitates*, *sodalitia*, *collegia sodalitia*, [1] corrispondenti a quelle sociali riunioni, governate da speciali regolamenti che anche a' giorni nostri hanno scopi politici, letterari o d' altra natura.

E qui importa notare, che nessuna associazione poteva essere considerata una persona giuridica, se non in quanto dal potere supremo dello Stato fosse specialmente autorizzata; ed erano queste associazioni, che venivano poi sotto la generica denominazione di *universitates*, ovveramente, di *corpora; collegia;* donde il nome di *collegæ*, *collegiati*, *corporati*, *socj*, pei membri che formavano l'associazione. [2]

Le fondazioni o persone giuridiche ideali, sebbene già riconosciute nelle tradizioni antiche, ricevettero una maggiore estensione ed un più grande svolgimento sotto l'impero del cristianesimo. Anticamente, non erano che lo Stato o il Municipio, che pensavano alle spese del culto; e così lo Stato, il Municipio o alcuni magistrati superiori destinavano ingenti somme in soccorso dei poveri. Ma col cristianesimo sorsero istituti particolari con uno scopo pietoso, ai quali fu poi dal potere legislativo riconosciuta una personalità. E così, per il culto religioso, come già alcuni Dei godevano dello speciale privilegio di

[1] *Sodales sunt, qui ejusdem collegii sunt, quam Græci ἑταιρίαν vocant.* — Lib. 47, tit. 22. Dig. fr. 4.

[2] Abbiamo dalla Storia come questi *collegia* venissero sciolti, se prendevano una direzione contraria all'ordine dominante, *adversus rem publicam. Collegia, si qua fuerint illicita mandatis et constitutionibus et senatus consultis dissolvuntur.* — Alcuni collegi sotto un pretesto di religione, *sub prætextu religionis vel specie solvendi voti*, servivano ad altri scopi politici. – Lib. 47, tit. 11, Dig. fr. 2. — Ibid. tit. 22, fr. 3.

Non v'ha dubbio che corrispondevano vari *collegia sodalitia* a quelle società, che, con un nome non pienamente naturalizzato in Italia, diconsi *clubs*, che in Inghilterra risalgono alla fine del secolo XVI o al principio del XVII, quando si stabilì il celebre *club della taverna della Sirena*, di cui furono socii Shakspeare, Beaumont e Fletcher, Raleig, Selden, ecc.

potere essere istituiti eredi; [1] sostituitasi al paganesimo la fede in un solo Dio, la personalità giuridica fu dalle leggi romane riconosciuta, nella chiesa cristiana; [2] e poichè questa unica personalità giuridica non raggiungeva abbastanza lo scopo per cui era costituita, si ammisero dalle stesse leggi pei beni delle chiese altrettante persone giuridiche, quante erano le distinte comunità dei fedeli. [3] È quindi a ritenersi la proprietà dei beni ecclesiastici, spettante a ciascuna delle chiese determinate, da cui fu fatto l'acquisto, e non già alla chiesa cristiana nella sua universalità.

Dicasi lo stesso dei beni proprii delle pie fondazioni, *pia corpora*. Questi beni non sono appartenenti, nè alla chiesa, nè allo stato, nè al municipio, ma bensì spettano in proprietà a quella *Causa pia*, che è elevata a persona giuridica. Così, per esempio, un ospitale è proprietario de'suoi beni, quale fondazione pia, come una *singularis persona* ha il dominio sulle cose proprie. Poteva nascere il dubbio sulla validità di un atto, in cui fossero istituiti eredi i *poveri* senz'altro, che, nella loro generalità, mancano del carattere di persona giuridica; istituzione di erede che era reputata nulla nel diritto antico, perchè in favore di una *incerta persona*. Giustiniano stabilì che in tal caso l'eredità dovesse attribuirsi o all'ospizio, a cui si fosse riferita la volontà

[1] *Deos heredes instituere non possumus, præter eos quos senatusconsulto, constitutionibus principum instituere concessum est: sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Didymæum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Efesiam, Matrem Deorum Sipylensim, quæ Smyrne colitur et cælestem Salinensem Carthaginis.* Ulp. Frag. lib. sing. tit. 22, § 5 in fine.

[2] È noto, come nelle espressioni usate da Costantino: *Habeat unusquisque licentiam*.... CATHOLICÆ CONCILIO *decedens bonorum, quod optavit relinquere*, intendasi per *concilium* la chiesa, in altri termini, la congregazione dei fedeli e come sia caduto in errore il sommo Alciato che interpretò *concilium* per *Synodus* congregazione di ecclesiastici. Contro l'opinione dell'Alciato stanno le parole stesse del tit. 2, lib. 2 del Codice giustinianeo e la versione nei libri Basilici ταῖς ἁγίαις ἐκκλησίαις. È noto come un primo sinodo abbia avuto luogo nel 325. L'editto di Costantino è del 321.

[3] *Si quis dominum nostrum Jesum Christum scripsit heredem, manifeste videri ipsius civitatis vel castelli vel agri, quo erat defunctus, ecclesiam sanctissimam institutam esse heredem, et hereditatem peti debere per Dei amantissimos ejus œconomos*.... Lib. 1, tit. 2, Cod. L. 26, pr.

Si vero unius ex archangelis meminerit vel venerandorum martyrum, nulla facta ædis mentione, si quidem aliquis sit in illa civitate, vel vicinia ejus, venerabilis locus in honorem illius reverendissimi archangeli vel martyris constructus, videri ipsum scriptum esse heredem, etc. Ibid. § 1.

del testatore, o all'ospizio del luogo del suo domicilio; e quando non ve ne esistesse, alla chiesa del luogo, coll'onere però di consacrare tutta l'eredità stessa in sollievo dei poveri. [1]

Sotto la repubblica, lo Stato, in relazione al suo patrimonio, dicevasi *ærarium populi*. Sotto i primi imperatori continuò a dirsi *ærarium*, il tesoro del Senato e si chiamò *fiscus* il tesoro del principe. [2] Poichè alla cosa pubblica sovrastò il solo imperatore, e si considerarono come fusi insieme il tesoro dello Stato e quello del principe, dopo essersi fatto uso indistintamente della espressione *ærarium* e *fiscus*, l'espressione *fiscus*, anche in rappresentanza dell'*ærarium*, rimase la sola prevalente. Laonde, oggigiorno, la personalità giuridica, di cui gode lo Stato in relazione ai suoi beni, dicesi Fisco. I molti privilegi di cui godeva il fisco, sì pel diritto formale che pel diritto materiale, provocarono la massima, se non l'applicazione di essa: *Non delinquere eum, qui in dubiis quæstionibus contra fiscum facile responderit*; [3] donde l'adagio corrispondente: *in dubio contra Fiscum est judicandum.*

L'erede non assume, di regola, la rappresentanza del defunto, che accettando l'eredità devolutagli. Nel tempo intermedio fra la morte della persona della di cui eredità si tratta e l'adizione dell'eredità da parte dell'erede, per una finzione giuridica, l'eredità giacente ha una certa personalità essa medesima. Infatti l'eredità non accettata è senza un padrone; ed è perciò che, riguardandosi come ancora posseduta dal defunto, fa le veci di una persona, ed è rappresentata da un curatore. [4] Alcuni interpreti avrebbero desiderato che l'eredità

[1] *Id quod pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, non ut incertis personis relictum evanescat, sed omnibus modis ratum firmumque consistat.* — Lib. 1, tit. 3, Cod. L. 24. — Ibid. L. 49.

[2] *Fiscus* significava in origine *paniere di vimini*, perchè anticamente i Romani servivansi di tali panieri per riporvi il denaro, o forse per trasportarlo da un luogo all'altro.

[3] Lib. 49, tit. 14, Dig. fr. 10. — Vedi pure Lib. 5, tit. 3, Cod. L. 20, § 6. — Lib. 2, tit. 6, Inst. § 13. — Lib. 49, tit. 14, Dig. fr. 13, pr. § 1, 3, 4; fr. 15, § 5. — Lib. 48, tit. 10, Dig. fr. 1, § 9. — Lib. 7, tit. 37, Cod. L. 3. — Paulus *de jure fisci et populi* § 12, *Fragm. Veron de jure fisci.*

[4] Lib. 3, tit. 17, Inst. pr. *Personæ vicem sustinet non heredis futuri sed defuncti.* — Lib. 2, tit. 14, Inst. § 2. — *Hereditas* non *heredis personam sed defuncti sustinet.* — Lib. 41, tit. 1, Dig. fr. 34. — *Creditum est hereditatem dominam esse et defuncti locum obtinere.* — Lib. 28, tit. 5, Dig. fr. 31, § 1. — V. Savigny, *Systèm* § 102. — Cf. Schilling, *Inst.* II. — Puchta, *Instit.* II. - Ihering, *Abhandl.* — Böcking, *Pan.* I, ecc.

giacente si considerasse come cosa di cui è ignoto il padrone e si riversassero sopra di lui le modificazioni tutte che l'asse creditario avesse potuto subire nell'intervallo che decorre, tra la morte dell'ereditando e l'accettazione dell'eredità; ma per quanto possano essere speciosi gli argomenti per un tale riguardo, è incontrastabile, che l'*hereditas jacens* è nel diritto romano pareggiata ad una persona: *hereditas (nondum adita)* PERSONÆ *defuncti vicem sustinet.*

§ 49. Rapporti di diritto delle persone giuridiche.

Esposti i principj generali intorno alle varie classi di persone giuridiche, vediamo ora, come abbiano il loro principio, la loro fine, e quali ne siano i diritti ed i doveri.

Varia il principio dell'esistenza delle persone giuridiche, come sono varie le classi di esse persone.

Dagli avvenimenti istorici hanno le origini loro lo Stato ed il municipio; anzi il municipio, d'ordinario, ha una origine più antica che non lo Stato. In quanto poi alle altre associazioni e fondazioni, emerge la loro personalità, *quando sieno desse riconosciute ed autorizzate dallo Stato, con una sanzione del potere legislativo.* [1]

A formare un *collegium*, una *universitas*, richiedesi il numero almeno di tre socii. *Tres faciunt collegium.* [2] Del resto, una volta costituita la volontaria associazione, almeno con tre membri, può continuare anche con un solo di essi. La persona giuridica esisterebbe in lui; alla persona giuridica apparterrebbero quindi i beni, e non a lui come *singularis persona.* [3] Alcuni interpreti spingono ancora più innanzi il principio intorno alla vita della persona giuridica. Se questa, dicesi, è costituita per un interesse pubblico e

[1] *Neque societatem, neque collegium, neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur.... Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora.... Item collegia Romæ certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est.* — Lib. 3, tit. 4, Dig. fr. 1.

[2] Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 85.

[3] Le nostre fonti notano, come non occorrerebbe in tal caso la rappresentanza di un *Syndicus*. Ad ogni modo, l'unico membro della *universitas* ne avrebbe nel rapporto amministrativo i doveri corrispondenti. — *Si universitas ad unum rediit, admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.* Lib. 3, tit. 4, Dig. fr. 7, § 2.

permanente, i beni di una *universitas*, anche periti sino all' ultimo tutti i membri di essa, non potrebbero ritenersi abbandonati o come appartenenti allo Stato. Questi beni si possono considerare ancora come posseduti dall'*universitas*, che momentaneamente non ha una vita esteriore; e possono esserle riservati pel caso che questa nuova vita esteriore, con nuovi membri, si manifesti. [1]

In generale le *universitates*, *collegia*, *corpora* godono gli stessi diritti delle *singulares personæ*. Possono quindi acquistare il possesso ed avere il dominio di ogni specie di cose, avere degli *jura in re*, tra questi, per esempio, servitù prediali, la servitù d'usufrutto, ecc. [2] imporre ed assumere obbligazioni, acquistare eredità, legati, far valere e difendere i proprii diritti. Del resto, i diritti proprii di una *universitas* potrebbero distinguersi anche in *originarj*, se spettano ad essa in forza della sua natura, e *accidentali*, se sono l'effetto di una concessione speciale; e sarebbero infatti accidentali, il diritto nelle chiese e nei monasteri di succedere nei beni dei chierici, e dei monaci, il diritto delle *respublicæ* alla *restitutio in integrum, etc.* [3]

Una persona giuridica può rendersi anche responsabile di delitti ed incorrere nelle pene ad essi comminate?

Alcuni interpreti sostengono che una persona giuridica può essere benissimo responsabile di un delitto, poichè, si osserva, data ad essa una capacità di diritto, conviene supporre anche la responsabilità per le deviazioni dal diritto. [4] E se alcuni delitti, è impossibile, che da una persona giuridica siano commessi, e se di alcune pene non potrà dessa essere passibile, potrà stare egualmente il principio della responsabilità dei delitti, che le sono possibili e della passibilità delle pene che le possono essere con effetto inflitte.

Noi accettiamo come vera l'opinione degli interpreti, che sostengono la tesi contraria. In fatti la persona giuridica non ha la sua

[1] Savigny, *System* § 89. Cf. Heimberger. § 69.

[2] *An usufructus nomine actio municipibus dari debeat, quæsitum est; periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret.... Placuit, centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitæ longævi hominis est.* — Lib. 7, tit. 1, Dig. fr. 56.

[3] *Quibus permissum est corpus habere collegii, societatis sive cujusque alterius eorum nomine proprium est, ad exemplum reipublicæ habere res communes, arcam communem et actorem sive* SYNDICUM, *per quem tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.* Lib. 3, tit. 4. Dig. fr. 1, § 1.

[4] Sintenis, *De delictis et pœnis universitatum.* — Mühlenbruch, Heimberger.

ha la sua artificiale esistenza che per un fine giuridico. In caso di un delitto, la persona giuridica non esiste, poichè manca il fine, per il quale essa fu riconosciuta. [1] Il diritto criminale riconosce inoltre, come soggetto di un crimine, un essere libero, intelligente e sensibile. Ora, la persona giuridica può essere anche una personificazione ideale. Un delitto non potrà mai dirsi commesso da una persona giuridica; ma sarà commesso sempre da alcuni dei suoi membri, dai suoi rappresentanti, se vogliamo; e devono essi rispondere individualmente delle azioni proprie, siano queste commesse per sè, o, con uno zelo criminoso, per la persona da loro rappresentata. [2] Tenendo responsabile la persona giuridica per un fatto delittuoso dei membri che la compongono, sarebbe un confondere l'università coi singoli socj, mentre la società è una persona diversa dai singoli socj. Laonde, punendo la società pel delitto di singoli socj, si violerebbe il principio sommo del diritto criminale, che il crimine è costituito dalla malizia di *chi* lo commette, e che non può essere punito che il *solo* delinquente. [3]

Del resto, quello che abbiamo detto intorno ai crimini, dei quali non sarebbe responsabile che il reo soltanto, vale anche per le obbligazioni nascenti da un delitto, che dovrebbero essere ad esclusivo carico di coloro, a cui deve imputarsi il dolo o la colpa. [4] Per altro, quando l'azione fosse tale che potesse essere intentata, non solo contro l'autore del danno recato, ma anche contro i terzi, aventi una obbligazione di riparare il danno, sarebbe anche in questo caso confermata la regola suespressa che la pena e le conseguenze dell'azione commessa devono essere circoscritte a coloro che ne sono responsabili. [5] Potrà essere decimata una legione di militi; potrà es-

[1] Feuerbach, *Criminalrecht.*

[2] *Sed si quid ad eos (municipes) pervenit ex dolo eorum qui res eorum administrant puto dandam (actionem).* — Lib. 4, tit. 3, Dig. fr. 15.

[3] Fra la *universitas* ed i suoi membri possono aver luogo delle obbligazioni, appunto, perchè la comunità è una persona distinta dai Socj. — *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.* — Lib. 1, tit. 8, Dig. fr. 7. § 2.

[4] *De dolo decurionum in ipsos Decuriones dabitur de dolo actio.* — Lib. 4, tit. 3, Dig. fr. 15, § 1.

[5] *Sive singularis sit persona, quæ metum intulit vel populus, vel curia, vel collegium, vel corpus huic edicto locus erit.* — Lib. 4, tit. 2, Dig. fr. 9, § 8 — *Nunquam Curiæ a provinciarum rectoribus generali condemnatione mulctentur, cum utique hoc et aequitas suadeat et regula juris antiqui, ut noxa tantum caput sequatur, ne propter unius fortasse delictum alii dispendiis affligantur.* Varro de L. L. 8, 41

sere tolto ad essa il vessillo che non seppe difendere; potranno in pena essere tolti dei privilegi ad una *universitas*, che gli abbia demeritati; ma questi fatti non scemano la verità del principio succennato. In questi casi potremmo avere degli atti politici, ma non avremmo mai l'esecuzione di una sentenza che emani da giudici ordinarj, in armonia alle norme del diritto comune.

In quanto all'interna costituzione, è naturale, che essa pure sia differente a seconda delle varie specie di persone giuridiche.

Una *universitas* si compone della totalità dei membri, esistenti in un'epoca determinata. La legittima volontà di essa è espressa dal voto unanime; e perchè questo voto non è il più frequente, dal voto della maggioranza dei membri. [1] *Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem.* Anzi, per alcune disposizioni del diritto romano, non sarebbe neppure necessaria la maggioranza di tutti i membri dell'*universitas*, ma la maggioranza, ossia la metà più uno dei membri presenti all'adunanza, legittimamente convocata, *quando due terzi almeno di essi siano intervenuti.* [2] Non possiamo per altro dispensarci dall'osservare, che il principio ora accennato era nel diritto romano stabilito, non per l'*universitas* in generale, ma si bene per l'assemblea rappresentativa di essa, ossia dei *decuriones* [3] E, non v'ha dubbio, che sarebbe importante anche il distinguere gli atti ed affari, a cui deve riferirsi l'accordo delle volontà, poichè se esigono questi una soluzione urgente e non sono di una cardinale importanza, potrà facilmente accogliersi l'onnipotenza della maggioranza, nei limiti suesposti; mentre questa onnipotenza potrebbe non essere accolta, quando si trattasse dello scioglimento dell'*universitas*, o anche soltanto della formazione di nuovi Statuti, di atti di liberalità, o di sostanziali diminuzioni nei beni sociali.

Il diritto romano contiene pochissime disposizioni intorno all'argomento, che accenniamo di volo. Sotto gli imperatori, i decurioni avevano una autorità, per così dire, illimitata. Una costituzione del-

[1] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 160. — *Quod major pars curiae efficit, pro eo habetur, ac si omnes egerint.* — Lib. 50, tit. 1, Dig. fr. 19.

[2] Lib. 10, tit. 63, Cod. L. 5. — Lib. 11, tit. 31, Cod. L. 3. — Nov. 120, c. 6, § 1, 2.

[3] *Lege municipali cavetur, ut ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis.... ne paucorum absentia sive necessaria, sive fortuita debilitet, quod a majore parte ordinis salubriter fuit constitutum.* — Lib. 10, tit. 31. Cod. L. 46.

l'imperatore Leone stabiliva però, che per l'alienazione di un immobile, o di una rendita fondiaria, occorresse in Costantinopoli l'approvazione dell'Imperatore, e nelle altre città la maggioranza dovesse essere non solo dei decurioni, ma degli *honorati*, e di tutti i *possessores*, legittimamente convocati. [1]

Notiamo, per ultimo, che alcune persone giuridiche, quali corpi politici ed amministrativi, possono essere investite di particolari caratteri. per un fine assai più importante, che non sia quello soltanto della capacità di diritto privato. Ci basti ricordare i municipj e le colonie e la rappresentanza loro nei duumviri, nei comizj e nel senato, detto *ordo*, *curia*, donde i *decuriones*, e più tardi i *curiales*; ed i rapporti politici con Roma, la città dominante. [2] Ma siffatti rapporti politici ed amministrativi non appartengono al nostro istituto.

Titolo terzo.

STATO CIVILE DELLE PERSONE.

§ 50. *Status hominum.*

Il principio naturale, che in ogni uomo sia rispettata la di lui personalità, in certi limiti, non era affatto disconosciuto dai Romani. Per altro, siccome il diritto positivo di tutti i popoli dell'antichità ammetteva una classe di uomini senza personalità civile nella divisione di uomini liberi e schiavi, anche il diritto romano accolse questo principio del diritto delle genti positivo.

La condizione giuridica degli uomini è quindi costituita da qualità naturali e civili, per cui essi hanno eguali o differenti diritti. Questa condizione giuridica è detta dai Romani *Status*; donde le espressioni, *jus personarum*; *status hominum*. [3]

Lo *status* non è quindi che un modo di essere, in virtù del quale, l'uomo ha certi diritti. *Status* equivale adunque a capacità di diritto.

[1] *Præsentibus omnibus seu plurima parte tam curialium quam honoratorum et possessorum civitatis.* — Lib. 11, tit. 31. Cod. L. 3.

[2] *Roma communis nostra patria.* — Lib. 50 tit. 1, Dig. fr. 33.

[3] Lib. 1, tit. 3, Inst. — *De jure personarum.* — Lib. 1, tit. 5 Dig. — *De statu hominum.*

Da qui la distinzione di *status naturalis*, capacità di diritto naturale; *status civilis*, capacità di diritto civile.

§ 51. Divisione dello stato civile.

Lo stato civile si divide in *status libertatis; civitatis; familiæ.*

Lo *status libertatis* è la qualità di uomo libero, la capacità determinata dalla libertà.

Lo *status civitatis*, la capacità determinata dalla cittadinanza.

Lo *status familiæ*, è la capacità del cittadino, che, in massima, ha il governo di sè, che è *sui juris*, non *alieni juris*. Lo *status familiæ*, può rappresentare anche un concetto più complesso, e comprendere tutti quei diritti che derivano dall'agnazione.

Così, la pienezza dello stato civile è inerente alle tre qualità, di uomo *libero*, *cittadino* e *indipendente* nel seno di una famiglia. Notiamo, che, nelle fonti, si accennano bensì le tre qualità, che costituiscono lo stato civile; *libertas, civitas, familia;* ma non vi troviamo mai le espressioni: *status civitatis; status familiæ.* Non abbiamo che in una legge dell'Imperatore Costantino: *status libertatis.* [1] Sono però espressioni famigliari a tutti gli interpreti, e che hanno un fondamento, oltre che in parte nella legge di Costantino, ora citata, anche nella triplice *capitis deminutio*, come *status mutatio.*

Quegli, nel quale si riuniscono le tre qualità, *libertas, civitas, familia*, dicesi CAPUT; ed è in questo riguardo, che abbiamo nelle fonti: *Servum nullum* CAPUT *habere.* [2] Lo schiavo non ha capacità civile, perchè, non libero, non cittadino, non padre o figlio di famiglia; e non è che dal giorno, che diviene libero, che gli viene attribuita una capacità di diritto: *incipit statum habere.* [3]

Lo *status hominum* potrebbe anche distinguersi in *publicus* e *privatus*, dalla stessa divisione del diritto, in *jus pubblicum* e *jus privatum.* Allo *status pubblicus* apparterrebbero la *libertas* e la *civitas;* e allo *status privatus* i rapporti tutti di famiglia. [4]

[1] Lib. 4, tit. 2, Cod. Theod. L. 5.
[2] Lib. 1, tit. 16, Inst. § 4. - Lib. 4, til. 5, Dig. fr. 11.
[3] Lib. 4, tit. 6, Dig. fr. 4.
[4] Savigny, *Systém.* - Schilling, *Inst.* - Böcking, *Pand.* - Hugo, *Rechtsgesch.*

§ 52. Stato di libertà.
Nozione della libertà e della schiavitù.

La libertà è il fondamento di ogni diritto, e può essere indipendente dalla cittadinanza e dalla famiglia. La cittadinanza non può esistere senza la libertà, e la famiglia è dipendente dal diritto di cittadinanza.

Considerati gli uomini, innanzi tutto, relativamente allo stato di libertà, si distinguono in uomini *liberi* e uomini *schiavi*. *Summa de jure personarum divisio hæc est: quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.* [1]

La libertà è la facoltà naturale di agire, come più piace, in quanto, questa facoltà non sia limitata da ostacoli fisici o morali: *Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi quod vi aut jure prohibetur.* [2] È un ostacolo fisico la forza; è un ostacolo morale la legge. L'ostacolo della legge è, in diritto, insuperabile; l'ostacolo della forza può superarsi colla protezione della legge. [3]

Alla libertà si oppone la schiavitù. La schiavitù è una istituzione positiva, per la quale, un uomo, contro il diritto di natura, è soggetto al dominio di un altro. *Servitus est constitutio juris gentium, qua, quis dominio alieno, contra naturam, subiicitur.* [4]

L'uomo libero può fare, in generale, tutto quello che dalle leggi non è vietato. L'uomo schiavo può fare soltanto quello, che dalle leggi, in specialità, gli è permesso. [5] La schiavitù è istituzione del diritto delle genti. Un forestiero poteva quindi avere schiavi in Roma, come un cittadino romano poteva avere schiavi presso di sè in paese straniero. [6]

[1] Lib. 1, tit. 3, Inst. pr. - Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 3. - V. Lib. 1, tit. 10. Cod. L. 1 e 2.

[2] Lib. 1, tit. 5. Dig. fr. 4.

[3] La vera misura della libertà, pei Romani, è l'interesse dello Stato. SALUS POPULI SUPREMA LEX ESTO. L. XII. TAB. - V. Michelet, *Introduct. à l'histoire universelle*. - V. Carmignani *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*.

[4] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 4. - La schiavitù era nell'antichità considerata come una necessità umana, e non si credeva, che un popolo civile potesse sussistere senza schiavi. Oggigiorno non si crede invece alla civiltà di un popolo, che ancora ammetta la schiavitù.

[5] Connani, *Commen. Iur. civ.* Lib. 2, c. 2.

[6] Nella più remota antichità troviamo la schiavitù riconosciuta anche nelle Istituzioni mosaiche. Aristotele considerava gli schiavi una proprietà animata, stromenti perfetti più degli altri. Dal cittadino era distinto lo schiavo, come dall'anima il corpo. *Politica* Lib. 1, c. 2, § 4, 13 *Morale*. Lib. 8, c. 11, § 11. - Cato, *De re rustica*.

§ 53. Cause da cui deriva la schiavitù.

La schiavitù viene stabilita o per la nascita, o per un fatto posteriore ad essa. *Servi aut nascuntur, aut fiunt.* [1]

Per nascita, è schiavo il figlio, che nasce da una donna schiava, non avuto riguardo alcuno alla condizione del padre, fosse egli anche Pretore o Console. *Servi nascuntur ex ancillis nostris.* [2] I figli poi nati nella casa del padrone chiamansi *vernæ*.

Per un fatto posteriore alla nascita, si può divenire schiavi, o per diritto delle genti, o per diritto civile. *Servi in dominium nostrum rediguntur, aut jure civili, aut gentium.* [3]

Per diritto delle genti si può divenire schiavi colla cattività, *ex captivitate.* [4] Il caso più comune era quello di essere fatti prigionieri sul campo di battaglia, o in una città presa d'assalto, e di avere la vita risparmiata dal vincitore. SERVI *ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc* SERVARE, *nec occidere solent.* Diconsi perciò anche MANCIPIA, *quod ab hostibus* MANU CAPIUNTUR. [5]

I nemici, che, deposte le armi, si arrendevano, conservavano alcune volte la libertà, ed erano *dedititii.* I vinti nelle guerre civili non erano fatti schiavi; ma contro di essi stavano poi le tavole di proscrizione. [6]

Il vincitore, conservando la vita ai *manucapti*, in certo modo, non rinunciava assolutamente al diritto, che avrebbe avuto di uccidere i vinti in guerra; donde il *jus vitæ et necis* sugli schiavi. È affatto inutile il provare la falsità del fondamento di questa istituzione. Il

[1] Lib. 1, tit. 3, Inst. § 4. - Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 5.

[2] Ibid. - V. anche Lib. 2, tit. 1, Inst. § 37 e Lib. 22, tit. 1, Dig. fr. 28. § 1.

[3] Ibid.

[4] Lib. 2, tit. 1, Inst. § 17 - Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 5, § 1. - Lib. 41, tit. 1, Dig. fr. 7. Lib. 49, tit 18, Dig. fr. 5, § 2. - La vendita, che si faceva degli schiavi a beneficio del tesoro pubblico, dicevasi VENDITIO SUB CORONA. - Varro, *de re rustica* II, 10. - Tit. Liv. XXI, 51. XLIII, 4. - I. Cæsar, *de bello civ.* III, 16. - Aul. Gell. VII, 4.

[5] Lib. 1, tit. 3, Inst. § 2. - Forse, perchè la servitù più empia esisteva nella Repubblica di Sparta, Plinio scriveva: *Servitium invenere Lacedæmonii*, Hist. Nat. VII, 36. - V. Xenofont. *De repub. et leg. Lacedæm.*

[6] Lib. 49, tit. 15. Dig. fr. 21, § 1.

diritto di uccidere il nemico non esiste, che date le condizioni della necessaria difesa. Fuori di essa, non vi ha più che un assassinio.[1]

La schiavitù non derivava poi che dai rapporti ostili, da popolo a popolo, in legittima guerra, *justum bellum*.[2] I masnadieri, i pirati, potevano togliere l'*esercizio* della libertà, ma non rendere schiavi quelli, che fossero presi. Questi erano *in servitute*, ma non erano *servi*.[3] Come era quindi possibile che un uomo fosse *in libertate*, ma non libero, era pure possibile, che fosse un uomo *in servitute*, ma non schiavo.

Pel diritto civile antico erano vari i modi, coi quali un uomo poteva essere fatto schiavo:

1º Il debitore insolvibile, *addictus* al suo creditore, poteva essere da lui *ultra Tyberim* venduto.[4]

2º Il ladro preso in flagranti, *fur manifestus*, cadeva nella *dominica potestas* del derubato.[5]

3º La donna, che avesse persistito in una comunione di vita, *contubernium*, con uno schiavo altrui, malgrado il divieto, per tre volte ripetuto, del di lui padrone, cadeva in schiavitù del medesimo[6]

4º Il condannato alle miniere, *damnatus in metalla*, subiva una *servitus pœnæ*.[7]

5º Quegli che si fosse sottratto alle tavole censuali, *incensus*, poteva essere venduto come schiavo[8]

6º Il renitente alla leva, *lectio*, poteva egli pure essere venduto.[9]

[1] V. Bartolo, In L. 2, *de ann. et trib.* Cod. Lib. 10, tit. 16. - Merlin, Repert, *Prisonnier de guerre*. - Vattel, *Droit de Gens*. Liv. III. - Schilterus ad *Pand*.

[2] Lib. 49, tit. 15, Dig. fr. 5, § 2.

[3] Ibid. fr. 19, § 2 e § 24.

[4] Gaii, Inst. comm. IV, § 21, 25. - Aull. Gell. XX, 1.

[5] Gaii, Inst. comm. III, § 189. - Aul. Gell. XI, 18. - Teoph. IV, 12.

[6] Lib. 4, tit. 11, Cod. Theodos. L. 7, 8. - Tacit. *Ann.* XII, 53. - Gaii, Inst. comm I, §§ 84, 91, 160. - Paul. R. S. II, 21. Intorno all'abolizione del Sc. Claudiano che stabiliva questo modo di schiavitù. V. Lib. 3, tit. 13, Inst. § 1. - Lib. 7, tit. 24, Cod. L. 1; e Lib. 4, tit. 11, Cod. Theodos. L. 3.

[7] Lib. 28, tit. 1, Dig. fr. 8, § 1. - Lib. 48, tit. 19, fr. 8, § 4 - 11, fr. 18, § 6, fr. 36.

[8] Tit. Tiv. I, 44. Ulp. XI, 11.

[9] Cic. pro Caecina; 34, Val. Max. VI, 3, § 4. - Ciò cadde in disuso pei molti soldati volontarj. - Lib. 49, tit. 16, Dig. fr. 4, § 10.

7º Il figlio esposto poteva essere fatto schiavo dal suo assuntore in allievo. [1]

Questi modi caddero però, più o meno presto, in disuso.

Laonde, nel diritto giustinianeo, due soli casi sono ammessi, nei quali, uno potrebbe essere fatto schiavo, per diritto civile, oltre la nascita, e la cattura in guerra, che erano modi ammessi anche dal *jus gentium.*

Il primo è quello, introdotto già da un *Sc. Claudianum.*

Se un uomo libero, che ha superati i 20 anni, si fa vendere come schiavo, per partecipare al prezzo della vendita, e far valere poi la sua qualità di uomo libero contro il compratore, che in buona fede ne avesse fatto l'acquisto, cade, per la commessa frode, in ischiavitù del compratore stesso. Nessuno poteva mai alienare la propria libertà, e divenire volontariamente schiavo; ma il Senatoconsulto Claudiano volle punire, colla schiavitù, la dolosa azione sopraccennata. [2] Un soldato anzi per una simile frode sarebbe stato punito di morte. [3]

Il secondo caso è per l'ingratitudine di un liberto verso il suo patrono. [4]

§ 54. Condizione giuridica degli schiavi.

La condizione giuridica degli schiavi era la stessa per tutti. *In servorum conditione nulla est differentia.* [5]

Gli schiavi sono compresi nella somma divisione delle persone; ma non è riconosciuta in essi una capacità civile. *Servitutem mortalitati fere comparamus.* [6] Essi non sono persone, che per le loro qualità naturali; ma nei rapporti del diritto civile, del diritto pretorio

[1] Lib. 5, tit. 7, Cod. Th. L. 3. – Vedi il divieto nel Lib. 8, tit. 52, Cod. L. 3, 4 e Nov. 153, c. 1.

[2] Lib. 1, tit. 16, Inst. § 1 – Lib. 4, tit. 12, Dig. fr. 7, 33, 40. – Lib. 40, tit. 13, Dig. fr. 1, 3. – V. Hugo, *Lehrb. der Geschichte des r. R.* § 337. – Ramos de Manzano, *De vendit liberi hom.* – Meermani t. VII. Arnaud, *Diss. juris civilis – De his qui se participand. pretii*, etc.

[3] Lib. 48, tit. 19, Dig. fr. 14.

[4] Lib. 6, tit. 7, Cod. L. 2 e 4.

[5] Lib. 1, tit. 3, Inst. § 5.

[6] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 209.

e del diritto delle genti sono risguardati oggetti, e non soggetti di diritto; e costituiscono una proprietà del padrone a cui appartengono. Gli schiavi infatti, *quasi nec personam habentes*, trovansi sotto la *potestas dominica* del padrone, la quale *potestas* non è a confondersi col *dominium;* ma vi corrisponde per altro nell'applicazione di molti principii. Ad ogni modo nello schiavo non è intieramente disconosciuto l'uomo.[1] Laonde la teorica della schiavitù differisce in vari punti dalla teorica del dominio. *Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*[2] Gli schiavi hanno adunque una qualche personalità, in quanto che essi: *a*) hanno il diritto di addivenire ad atti civili in rappresentanza del padrone; *servus ex persona domini jus stipulandi habet.*[3] *b*) Possono possedere un peculio;[4] *c*) essere membri di un *collegium*;[5] *d*) sotto un certo riguardo appartengono alla famiglia del padrone, perchè del pari che i *filiifamilias*, acquistano per lui;[6] possono infatti acquistar diritti, ed assumere obbligazioni;[7] *e*) dal maritaggio degli schiavi, *contubernium*, emergono le *serviles cognationes*, che formano un impedimento al matrimonio, per cui la figlia non potrebbe contrarre nozze col padre, nè la madre col figlio, anche cessato il vincolo della schiavitù; *f*) nel caso di sevizie corporali che lo schiavo avesse sofferto, non solo poteva reclamare il padrone, *servi nomine;* ma poteva reclamare, in proprio nome, anche lo schiavo, fatto libero. *(Hoc) enim et servum sentire palam est.*[8] *g*) Possono servire di testimonio in affari civili e criminali, se non vi ha altro mezzo di riconoscere la verità di un fatto. *h*) Possono essere responsabili delle azioni proprie, e pei privati delitti, commessi mentre erano schiavi, essere essi pure con-

[1] Lib 1, tit. 3, Inst. § 1. – Lib. 1, tit. 5, pr. – Si potrebbe dire che lo schiavo è ad un tempo persona e cosa rispetto al padrone, poichè mentre la *potestas* si riferisce alle persone, il predicato *dominica* accenna alle cose. – Giovenale nella satira V. 210 scrive: *Pone crucem servo...... Servus homo est? Nihil fecerit: esto. Sic volo, sic jubeo: stet pro ratione voluntas.* – V. Seneca, Lib. 3, *de ira*, c. 40.

[2] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 32.

[3] Lib. 3, tit. 17, Inst. pr. – Lib. 45. tit. 3, Dig – Lib. 4. tit. 7, Inst.

[4] Lib. 15, tit. 1. Dig.

[5] Lib. 47, tit. 22, Dig. fr. 3, § 2.

[6] Lib 2, tit. 8, Inst. § 3. – Lib. 3, tit. 17, Inst. § 1-3 – Lib. 3, tit. 28, Inst. § 3.

[7] Lib. 47, tit. 1, Dig. fr. 1, § 2. – Lib. 4, tit. 7, Inst. § 1-5.

[8] Lib 47, tit. 10, Dig. fr. 15, § 34, 35, 45, 48.

venuti, quando siano fatti liberi. *i*) Gli schiavi, in fine, se non incontrano obbligazioni civili; *in personam servilem nulla cadit obligatio;* possono incontrare però obbligazioni naturali, attive e passive. L'*obligatio* dello schiavo è *naturalis* durante la schiavitù, e quando lo schiavo sia affrancato. Se uno schiavo prometteva una somma di denaro al suo padrone per essere affrancato e ricusasse poi di pagarla, divenuto libero, si accordava contro di lui un'*actio in factum*. [1]

La *potestas dominica* sugli schiavi è più estesa della *patria potestas* e corrisponde, abbiamo detto, sotto molti riguardi al *dominium*. [2] Infatti può avere schiavi chi è capace di proprietà; degli schiavi è possibile una comproprietà; possono aversi su di loro degli *jura in re;* possono gli schiavi essere alienati *inter vivos*, e *mortis causa;* ed è, per lo stato miserabile in cui trovavansi, che furono detti: *secundum genus hominum*. [3] La condizione degli schiavi fu resa meno dura per la filosofia degli stoici, che introdusse nel diritto norme più conformi all'umanità; e più innanzi, per la filosofia cristiana, che promosse il miglioramento del loro stato. [4] Secondo Quintiliano, i Tribuni, anche sotto la repubblica, intervenivano per reprimere la crudeltà dei padroni; ed i censori gli stimmatizzavano, alcune volte, colla terribile loro *nota*. Sotto Augusto un editto fissò i casi in cui uno schiavo poteva essere posto alla tortura. L'imperatore Claudio comminò la perdita della *potestas dominica* pel padrone che abbandonasse gli schiavi vecchi o infermi. Una *lex Petronia*, sotto Nerone, vietò di far combattere gli schiavi nell'arena, senza il loro consen-

[1] È ben vero che abbiamo contrario il fr. 7, § 8 del Digesto, Lib. 4, tit. 3, ma prevale a questo frammento siccome posteriore la legge 3, Cod. Lib. 4, tit. 14.

[2] La schiavitù può però sussistere anche senza la *potestas dominica* pei *servi sine domino*. Tali erano, per esempio, anticamente i *servi pœnæ* che non erano in dominio neppure dello Stato e che erano in condizioni assai peggiori dei servi del fisco.

[3] Seneca *Epist.* LXXXI. – Aul. Gell. *Noct. att.* IV, 2, 4. – Varro, *De re rustica* II, 10. – Plin, *Hist. nat.* XXXV, 17. – Brisson. *De form.* VI, 493, ecc.

[4] Intorno all'influenza del cristianesimo nella graduale estinzione della servitù. V. Troplong. *De l'infl. du Christ. sur le droit civ. des Romains.* Parte II, Ch. 14. Cfr. F. Forti, *Libri due delle Istituzioni di diritto civ.* cap. 3, § XXXVI. – L'abolizione della schiavitù non ebbe luogo che dalla fine del secolo XII al XV. Intanto però una nuova e crudelissima servitù si introduceva dopo la scoperta dell'America, vogliam dire la schiavitù dei Negri; che ancora rimane a farci dubitare della civiltà moderna di alcuni Stati; come alcune reliquie di una servitù media rimasero esistenti fino ai nostri giorni presso alcune nazioni d'Europa. V. Sismondi, *De l'affranchissement des Negres.* – Hein. *Elem juris germ.* – Bohemer, *De imperf. lib. rusticorum* – Merlin, *Repertoire* MAINMORTE.

so.[1] Adriano condannò alla relegazione, per cinque anni, una matrona che aveva troppo severamente trattate le sue schiave.[2]

Antonino Pio collocò gli schiavi sotto la protezione delle magistrature giudiziarie pei mali trattamenti, e forse anche pei casi in cui il padrone arbitrariamente volesse trattenersi il peculio dei medesimi;[3] e inoltre stabilì che fosse giudicato secondo la *lex Cornelia de sicariis*, l'uccisore con dolo del proprio schiavo, come se lo schiavo avesse appartenuto ad altri. Il padrone potè altresì essere per le leggi costretto a vendere i suoi schiavi a buone condizioni, cioè, che fosse escluso il patto, che non potesse lo schiavo essere affrancato, che dovesse lo schiavo essere adoperato nei lavori più gravi, ecc. Del resto, comunque giovi il credere, che, in queste misure per migliorare la condizione degli schiavi, avesse ad essere predominante il sentimento dell'umanità, alcuni frammenti ci lascerebbero invece il dubbio, che fossero inspirate anche da considerazioni economiche, o almeno da quelle stesse considerazioni, per le quali, si hanno ai giorni nostri disposizioni, che vietano i mali trattamenti dei bruti. Lo stesso Giustiniano, lodando le disposizioni, sempre più miti intorno al trattamento degli schiavi, soggiunge: *Et recte; expedit enim reipublicæ ne quis* RE SUA MALE UTATUR.[4]

Nei rapporti del diritto, dicemmo, non esservi differenza alcuna fra gli schiavi. Nullameno, in altri riguardi, si avevano varie distinzioni:

a) Gli schiavi pubblici, *servi publici, populi romani*, ossia gli schiavi appartenenti allo Stato, potevano far testamento sopra metà del loro peculio.[5]

[1] Lib. 48, tit. 8, Dig. fr. 11, § 2. *Post legem Petroniam et senatusconsulta ad eam legem pertinentia, dominis potestas ablata est, ad bestias depugnandas, suo arbitrio, servos tradere.* – Pietro Lefevre pensa che si debba leggere *post legem Pœtiniam*, ch' ei dice promulgata sotto il consolato di Petinio ed Aproniano, ma è una opinione senza fondamento. V. anche Pothier, *Pand.*

[2] Lib. 1, tit. 6, Dig. fr. 2. – Arnaud, *De jure servorum.*

[3] *Hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio romano sunt, licet, supra modum et sine causa legibus cognita, in servos suos sævire. Nam ex constitutione divi Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et major asperitas dominorum ejusdem principis constitutione coercetur.* – Lib. 1, tit. 6, Dig. fr. 1, § 2.

[4] Lib. 1, tit. 8, Inst. § 2.

[5] Ulp. tit. XX, § 16. – I servi pubblici erano allevati per adempire funzioni pubbliche, per esempio, quella di *tabelliones*.

b) Oltre gli schiavi comuni eranvi così detti, *servi vicarj*, che servi comuni si procuravano col proprio peculio, perchè ne facessero le loro veci. [1]

c) Gli schiavi fuggitivi si consideravano come cose rubate; e, durante la fuga, non potevano essere alienati. [2]

d) Gli schiavi, *statu liberi*, erano quelli, che stavano in aspettativa della libertà, che potevano ottenere in una epoca determinata, o al verificarsi di una condizione, indipendentemente dall' arbitrio del loro padrone. *Qui sub conditione liber esse jussus est*, STATU LIBER *appellatur.* [3]

Non possiamo dispensarci dal ricordare anche i così detti schiavi *in libertate*, cioè quelli che giuridicamente sarebbero stati schiavi, ma che godevano di una libertà *di fatto*, loro concessa dal padrone, che per altro non gli aveva manomessi nelle forme legittime. Godevano pure di una libertà di fatto quelli che erano *sine dolo malo in libertate*, sebbene senza il consenso del padrone. L'autorità giudiziaria interveniva a proteggere queste condizioni di fatto.

Il padrone avrebbe dovuto farsi attore contro quello che aveva la *possessio libertatis;* e, in dubbio, la sentenza era sempre in favore della libertà. Del resto, una lunga durata del possesso della libertà poteva convertire la libertà di fatto in libertà giuridica; *longi temporis præscriptio.*

§ 55. Ingenui e libertini.

Mentre non vi avevano giuridiche differenze fra gli schiavi, molte erano le differenze nella condizione giuridica degli uomini liberi; e, tra queste, notiamo innanzi tutto la distinzione fra ingenui e libertini. *In liberis multæ differentiæ sunt: aut enim* INGENUI *sunt aut* LIBERTINI. [4]

Nel diritto antico, *ingenuus*, era quegli che formava parte di una

[1] Theoph. II, 20, § 13; IV, 7, § 4. - Lib. 40, tit. 4, Dig. fr. 10, pr.

[2] Paul. R. S. 1, 16. - Lib. 41, tit. 2, Dig. fr. 50, § 1. - Lib. 47, tit. 2, Dig. fr. 60, 62. - Lib. 49, tit. 15, Dig. fr. 19, § 5. - Fragm, *De jure fisci* § 9. Lib. 10, tit. 3, Dig. fr. 19, § 3. - Lib. 18, tit. 1, Dig. fr. 35, § 3.

[3] Ulp. Tit. II, § 2.

[4] Lib. 1, tit. 3, Inst. § 5. - Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 5, pr. - Lib. 7, tit. 14, Cod.

gens. Chi non apparteneva ad una *gens* era, in origine, considerato come uno straniero, *extrarius, ex-gens, egens.* Quelli che non erano nel gremio di una *gens*, essendo pareggiati agli *hostes*, non potevano altrimenti essere difesi che da un cittadino romano che si costituisse loro patrocinatore, *patronus*, e del quale essi si riconoscessero *clientes*. L'ospitalità, *hospitium*, valeva pei forestieri quello, che il patronato per gli estranei ad una *gens*, che avessero preso domicilio nel territorio romano. L'ospitalità ammetteva un ricambio di protezione e di officii, quando il Romano si recasse in terra straniera; nel patronato, non essendo possibile un ricambio di protezione, a questo suppliva la prestazione di servigj ed una maggiore devozione e dipendenza nel soggetto. [1]

Nel diritto Giustinianeo, ingenuo è quegli che nasce libero. *Ingenuus est, qui statim, ut natus est, liber est.* [2] Perchè taluno sia reputato ingenuo, richiedonsi quindi tre condizioni; che sia libero; libero dalla nascita; e non sia caduto mai in una legittima schiavitù, *in justa servitute*. Nasce poi libero quegli, che è procreato in *legittime nozze*, da genitori ingenui, o da genitori libertini, o da genitori, l'uno ingenuo e l'altro libertino; [3] e *fuori di legittime nozze*, comunque fosse schiavo il padre, quegli, che nasce da una madre libera: *ingenui sunt qui ex matre libera nati sunt*, [4] od anche da una madre schiava, purchè ella fosse libera, o all'epoca del concepimento, o all'epoca del parto, o in un momento qualunque, durante lo stato di gravidanza. *Qui ex matre libera nascitur, patre vero servo, ingenuus nihilominus nascitur. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo temporæ, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et ex contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit, eum, qui nascitur, liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere, qui est in ventre.* [5]

Nelle legittime nozze, che sono possibili soltanto fra persone libere, il figlio segue la condizione, che il padre aveva all'epoca, in cui il

[1] V. Ihering *Geist des röm.* R. I. X.

[2] Lib 1, tit. 4, Inst.

[3] Ai tempi di Orazio, convien dire, che si trovassero in condizioni migliori gli ingenui che potevano vantare una lunga serie di liberi avi, poichè il poeta dice di sè medesimo: *quem rodunt omnes libertino patre nato.* Serm. 1, 6, 46.

[4] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 5, § 2.

[5] Lib. 1, tit. 4, Inst. pr.

figlio fu concepito. Fuori di legittime nozze, il figlio segue la condizione della madre. *Lex naturæ hæc est, ut, qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur.* [1]

È per questo che nulla importa, che il padre sia libero o schiavo. Perchè il figlio poi nasca libero, basta che la madre sia stata un solo istante libera durante la gestazione, e per il generale principio: *In dubio pro libertate respondendum est:* e per la finzione giuridica, per la quale il figlio concepito, in quanto si tratti dei proprii suoi diritti e non di quelli di un terzo si considera, come già nato. *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quæritur.* [2]

Un uomo nato libero, che, per errore, fosse stato considerato schiavo, non cessa mai di essere ingenuo.

Ma quegli che, nato libero, divenisse poi realmente schiavo, col lasciarsi vendere per frode, *pretii participandi causa,* [3] manumesso, non potrebbe considerarsi ingenuo, ma libertino. [4]

Il prigioniero di guerra invece, colla libertà, ricuperava anche l'ingenuità, per diritto di postliminio. [5]

Chiamasi libertino quegli che viene liberato da una legittima schiavitù. *Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt.* [6]

Il libertino, *libertinus*, considerato nei rapporti col suo padrone *patronus*, dicesi liberto, *libertus*. La condizione dei libertini era con

[1] Pel Sc. Claudiano una donna libera che viveva in *contubernium* con uno schiavo poteva stipulare col padrone di esso che i figli rimanessero schiavi. Adriano proibì questa convenzione. Così dallo stesso Senato-Consulto era stabilito, che se un cittadino romano conviveva con una schiava, ch'egli credesse libera, i figli maschi seguissero la condizione del padre, le femmine della madre. Ma ciò fu abrogato da Vespasiano. Per una disposizione di Costantino i figli nati dal *contubernium* con schiavi pubblici dovevano considerarsi Latini. Lib 4, tit. 11, Cod. Theodos. – Ma tutte queste anomalie non appariscono più nel diritto giustinianeo.

[2] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 7, 26.

[3] Vedi retro § 53.

[4] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 21.

[5] *Postliminium* a *limen et post*, secondo Giustiniano, potendosi chiamare *limen* il confine dell'impero romano. – *Eos qui ab hostibus capiuntur, vel hostibus deduntur, jure postliminii reverti, antiquitus placuit.* Lib. 49, tit. 15, Dig. fr 4. *Qui ab hostibus capti sunt, si reversi sunt, omnia pristina jura recipiunt... quia postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse.* Lib. 1, tit. 12, Inst. D. 5. – Vedi; Bartolus, ad leg. 20 Dig. Lib. 4, tit. 6, e Cujacius ad Lib. 8, tit. 51 codicis.

[6] Lib. 1, tit. 5, Inst. pr.

siderata inferiore a quella degli ingenui, quasi la passata schiavitù avesse lasciate indelebili tracce. [1]

Una legge Visellia ordinava un processo criminale contro coloro che illegalmente avessero usurpato lo *status* degli ingenui.

L'ingenuità potevasi però ottenere per concessione del Principe; e usavasi in tal caso l'espressione: *natalibus restitui*. Nella concessione del *jus aureorum anulorum*, il libertino era pareggiato all'ingenuo, ma continuava sopra di lui il patronato. Giustiniano diede, con una legge generale, a tutti i libertini il *jus aureorum anulorum*, ossia il pareggiamento agli ingenui. [2]

Il liberto portava il nome di chi lo aveva manumesso, ossia del padrone che lo aveva liberato dalla schiavitù.

§ 56. Affrancamento, *manumissio*.

Dicesi manumissione, affrancamento, l'atto col quale il padrone dava la libertà al suo schiavo. *Manumissio est datio libertatis.*

L'espressione, *manus*, designava più specialmente una certa podestà maritale. In senso generico indicava però una podestà qualunque. [3] È in questo senso generico che lo schiavo era in *manu domini*, e che, liberato, dicevasi *manumissus*.

La manumissione è di diritto delle genti; *jure gentium originem sumsit;* non di diritto naturale, *cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita.* [4]

[1] Oggidì suolsi designare col nome di libertino quegli che abusi della propria libertà coll'offendere senza ritegno le leggi del pudore. Del resto si abusa pure della parola *libertini* da certi partiti politici, per gettarla in volto, anche a persone rispettabili ed onorande. – Intorno al 1525 in Olanda e nel Brabante si dissero *Libertini*, in un altro senso ancora, molti che negavano l'immortalità dell'anima, e l'imputabilità delle azioni, ed asserivano essere la religione una invenzione dei politici e dei teologi. Vedi Spanheim, *Compendio delle religioni*, Hermant, *Storia delle eresie*, t. II.

[2] Nov. 78, c. 1, 2.

[3] *Initio civitatis nostræ..... omnia* MANU *a Regibus gubernabantur*. Lib. 1, tit. 2, Dig fr. 2.

[4] Lib. 1, tit. 5, Inst. pr. – La manumissione si soleva fare con animo di beneficare; talvolta avveniva anche quando un padrone voleva, in tal modo, disfarsi di un servo cattivo. Cujacius, *ad Cod.* Lib. 7, tit. 5.

§ 57. Diversi modi di affrancamento.

Nel diritto antico, erano tre i modi solenni, coi quali poteva aver luogo la manumissione degli schiavi: VINDICTA: CENSU: TESTAMENTO. [1]

La *manumissio,* VINDICTA, seguiva colle forme di una *causa liberalis,* colla quale, taluno reclamava la libertà di un uomo che si credesse ingiustamente ritenuto schiavo; *in libertatem vindicabat.* Un terzo si faceva attore, domandando la libertà dello schiavo, che doveva essere manumesso. Il padrone, col quale vi era l'accordo di procedere in tal modo, aderiva alla dimanda dell'attore, manifestando il suo assenso colle parole: *hunc hominem liberum esse volo;* e rivolgendosi allo schiavo: *abito quo voles.* E il magistrato facendo toccare lo schiavo con una verga o lancia lo proclamava libero, colla formola: *ajo te liberum more Quiritium.* [2] La *manumissio,* VINDICTA, era una particolare applicazione della *in jure cessio;* e quindi apparteneva alle *legis actiones.* [3]

Avveniva la manumissione, CENSU, coll'inscriversi lo schiavo, assenziente il padrone, come libero nelle tavole censuali, delle quali aveva luogo una revisione ogni quinquennio. Questo modo cadde in dissuetudine coll'essere cadute in disuso le revisioni del censo. [4]

La manumissione avveniva, TESTAMENTO, quando il padrone nel suo testamento, legava la libertà allo schiavo. [5]

Eranvi poi modi vari di manumissione, non solenni, cioè: *per epistolam; per convivium; inter amicos; per nominationem filii;* ecc.; ma, a rigore di diritto, gli manumessi, in questi modi non solenni, dovevano

[1] La manumissione era impossibile pei *servi sine domino.* Il *servus poenæ*, ottenendo la libertà per mezzo della *restitutio*, e il prigioniero di guerra per il *postliminium*, ridivenivano *ingenui.* - V. § antecedente.

[2] V. Iuvenalis Sat. V; Phaedri fab. II, 5

[3] Lib. 1, tit. 16, Dig. fr. 2, 3. - Lib. 4, tit. 10, Cod. Theodos. L. un. – Tito Livio (Lib. II, 5) farebbe derivare la *manumissio, vindicta*, da uno schiavo chiamato *Vindicio*, che per il primo, sarebbe stato manomesso sotto questa forma, per avere scoperta la cospirazione dei figli di Bruto, in favore dei Tarquinii. Boezio ripete l'espressione dalla verga, colla quale il Littore toccava lo schiavo. - Troviamo riprodotta la *manumissio, vindicta*, presso i Longobardi nella manumissione *per quartam manum.* V. Muratori, Dissert. XV.

[4] Cic. de orat. I, 40; Top. c. 2. - Theoph. I, 5, § 4.

[5] Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 120. - Ulp. I, 9. II, 4.

ritenersi ancora schiavi. Però, trovandosi tali schiavi, se non liberi, *ex jure Quiritium*, almeno, *in libertate*, venivano in siffatta condizione protetti dall'editto del Pretore; temperamento che fu anche confermato dalla *lex* Iunia Norbana.

Nel diritto giustinianeo, l'affrancamento può aver luogo in varj modi; in *sacrosanctis ecclesiis; vindicta; inter amicos; per epistolam; per testamentum;* o per altro qualsivoglia atto di ultima volontà. Questi modi sono indicati, ad esempio, e non in forma tassativa.

La manumissione in *Sacrosanctis Ecclesiis* aveva luogo alla presenza del popolo e coll'assistenza dei vescovi, che segnavano l'atto di liberazione dalla schiavitù.

Questo modo era stato stabilito da Costantino, nel 316, in luogo della *manumissio*, censu, caduta in disuso. [1]

La manumissio, *vindicta*, avveniva come nel diritto antico; *Inter amicos*, alla presenza di cinque testimonii; per *epistolam*, mediante uno scritto, confermato pure dalla firma di cinque testimonii; *Per testamentum*, o con una dichiarazione di ultima volontà, espressa in termini imperativi, per esempio, *Davus servus meus liber esto;* o in termini di preghiera; *rogo heredem meum, ut Davum manumittat.* Lo schiavo manumesso direttamente col testamento, non aveva un patrono, e dicevasi quindi *libertus orcinus*, perchè all'Orco il patrono; [2] mentre lo schiavo, manumesso in modo indiretto, aveva per patrono l'erede, da cui riceveva la libertà. Se lo schiavo doveva avere la libertà, dopo un certo tempo od al verificarsi di certe condizioni, denominavasi intanto, come abbiamo detto altrove, [3] *statu liber*. Se uno schiavo, anche senza una espressa concessione di libertà, è istituito erede dal padrone, diviene pure libero. [4]

Questi modi sono indicati, non in via tassativa, poichè lo schiavo

[1] Osserva l'Eineccio, che, siccome erano, all'atto della liberazione, aperte le porte della Chiesa, e allo schiavo, munito dello scritto, che gli garantiva la libertà, era permesso di recarsi, ove gli piaceva, dalle porte aperte, *portæ passæ*, ne venisse più tardi il nome di *passeport*, passaporto. *Recit. in elem. jur. civ.* § 98. - Lib. 1, tit 13, Cod. L. 1, 2. - Theoph. I, 5, § 1,

[2] Lib. 2, tit. 24, Inst. § 2. - Lib. 40, tit. 5, Dig. fr. 4, § 8. - Lib. 7, tit. 2, Cod. L. 10. - Lib. 7, tit. 6, Cod. L. un. § 7.

[3] V. retro § 54.

[4] Lib. 6, tit. 27, Cod. L. 5. - Lib. 1, tit. 6, Inst. § 2. - Lib. 2, tit. 14, Inst. pr. - Lib. 2, tit. 19, Inst. § 1.

sarebbe divenuto libero anche coll'essere chiamato, in un atto pubblico, col nome di figlio, sebbene di figlio adottivo non ne acquistasse i diritti; *licet hoc ad jus filii accipiendum ei non sufficiat.* [1]

In generale, l'affrancamento dipende dalla libera volontà del padrone. [2] Vi sono però dei casi nei quali l'affrancamento può dipendere da una obbligazione incontrata.

Se il compratore di uno schiavo conviene collo schiavo stesso, ch'egli, col suo peculio, pagherà al compratore il prezzo sborsato; ovvero, se un padrone promette allo schiavo la libertà, per un prezzo, e fu questo prezzo effettivamente pagato, in questi casi, il padrone può essere giudizialmente costretto alla manumissione. [3] Così pure, se il padrone si obbliga con un terzo di manumettere lo schiavo, e riceve da un terzo il prezzo per la manumissione al tempo dovuto, lo schiavo diviene senz'altro libero. [4] È inutile osservare che l'affrancamento sarebbe pure obbligatorio, quando l'erede avesse accettata l'eredità con un *fideicommissum libertatis.* [5]

Vi sono altri casi nei quali lo schiavo ottiene la libertà indipendentemente della manumissione: 1° in pena del padrone, se abbandona lo schiavo per fisiche infermità; se espone un fanciullo schiavo; se vuole costringere alla prostituzione una schiava, acquistata, sotto la condizione, che non dovesse essere prostituita; 2° in premio dello schiavo stessso, se scopre gli uccisori del padrone; se rivela gravi delitti e i loro autori; 3° per prescrizione, colla *possessio libertatis* di 10 o 20 anni, se vi è la buona fede, altrimenti col de-

[1] Lib. 1, tit. 11, Inst. § 12. - V. Cujac. Observ. XVIII, 20.

[2] Il padrone non aveva la libertà di manomettere uno schiavo; 1. se lo schiavo era vincolato a pegno pel pagamento di un debito; 2. se accusato di un crimine, per cui non si potesse mettere alla tortura. Lib. 40, tit. 9, Dig. fr. 4 e 12.

[3] Lib. 40, tit. 1, Dig. fr. 4-6. - Lib. 7, tit. 16, Cod. fr 8.

[4] Lib. 18, tit. 7, Dig. fr. 3-10. - Lib. 40, tit. 8, Dig. fr. 4. - Lib. 4, tit. 56, Cod. L. 2. - Lib. 4, tit. 57, Cod. L. 1, 2, 3, 6. - Lib. 18, tit. 7, Dig. fr. 10. - Lib 4, tit. 57, Cod. L. 3. - Lib. 40, tit. 8, Dig. fr. 6. - Lib. 40, tit. 12, Dig.. fr 38. - Lib. 26, tit. 4, Dig. fr. 3, § 2. - Lib. 4, tit. 57, Cod L. 4

[5] Pel Sc. *Articulejanum*, l'azione contro l'erede può intentarsi innanzi al Preside della provincia, in cui si trovi lo schiavo da manomettere. - Pel Sc. *Rubrianum*, lo schiavo può essere dichiarato libero dal giudice, nel caso di doloso ritardo per parte dell'erede. - Pel Sc. *Dasumianum*, anche per un ritardo non doloso, o il gravato dal fidecommesso non sia erede. - Pel Sc. *Juncianum*, questi favori furono estesi anche al fidecommesso della libertà, fatto a favore di uno schiavo altrui.

corso di 30 anni; 4° pel *jus postliminii*, se il prigioniero di guerra pone piede in terra romana o di un popolo, alleato od amico del popolo romano. [1]

Sarebbero ad accennarsi anche i casi in cui uno schiavo fosse ammesso al servizio personale del principe o allo stato ecclesiastico; ma veramente, in questi casi, era necessario che il padrone non vi si opponesse. [2]

Così, finchè durò la *servitus pœnæ*, la grazia fatta al servo della pena, che prima fosse libero, lo scioglieva dalla schiavitù, ma, se egli era già anteriormente schiavo, rimaneva schiavo pubblico, in luogo di ritornare nella condizione di schiavo del primo padrone. [3]

§ 58. Leggi che ebbero per iscopo di limitare gli affrancamenti.

Poichè parve soverchio il numero degli schiavi, che venivano manumessi con pregiudizio dei diritti dei creditori verso il manumittente, con pregiudizio della dignità dei comizj, pei molti fatti liberi, che durante la schiavitù avevano commesse azioni turpi e delittuose, e con pregiudizio altresì, nei rapporti dell'ordine politico, pei molti che rimanevano privi affatto di sussistenza, furono proposte e vinte le leggi *Aelia Sentia* e *Fusia Caninia*, che ebbero per iscopo di limitare gli affrancamenti. [4]

Nella prima parte della legge *Aelia Sentia* era vietato, che si manumettessero schiavi, in frode dei creditori; e nella seconda, era stabilito, che nessuno potesse, prima dei 20 anni, manumettere schiavi, se non sotto l'osservanza di certe condizioni.

Gli schiavi, come cosa in commercio, costituivano una ricchezza, una rendita. Ora i padroni, non avevano, per la legge *Aelia Sentia*, la facoltà di manumettere i proprii schiavi, in frode dei creditori, ponendosi, con tali manumissioni, nella impossibilità di adempire le proprie obbligazioni.

[1] Lib. 40, tit. 8, Dig. fr. 2, 5, fr. 6, § 1. - Lib. 7, tit. 13, Cod. L. 1 e 2.

[2] Lib 6, tit. 4, Cod. L. 4, § 6.

[3] Lib. 9, tit. 51, Cod. L. 2, 8. - Lib. 1, tit. 4, Inst. § 1. - Lib. 48, tit. 23, Dig. fr. 1, § 1 fr. 4.

[4] La *Lex Aelia Sentia* è dell'anno terzo dell'èra nostra; La *Lex Fusia Caninia* si crede dell'anno 8 dell'èra nostra, essendo consoli Fusio Camillo e Cajo Caninio. - V. Ant. Augustin., *De Legibus et Senatusconsultus*. - Heineccius, *Antiquit. rom.* Lib. 1. tit. 7, § 1.

I creditori avrebbero avuto, in generale, il diritto di invalidare le alienazioni, che un debitore avesse fatte in pregiudizio loro, ma non poteva revocarsi la libertà, una volta accordata.

La legge *Aelia Sentia* dichiarava nulla la manumissione, fino dalla sua origine, a riguardo dei creditori, dolosamente pregiudicati. *Is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem.* [1]

I creditori pregiudicati dovevano, per altro, protestare entro un determinato tempo. Laonde i manumessi si consideravano *statu liberi*, per quel tempo, in cui rimaneva incerta la loro libertà.

I debitori non avrebbero potuto annullare essi stessi le manumissioni fatte, perchè nessuno può venire contro il fatto proprio, nè prevalersi di una frode commessa.

Era nato il dubbio, nell' applicazione di questo capo della legge *Aelia Sentia*, se bastasse il pregiudizio risentito dai creditori, per manumissioni fatte da un debitore insolvibile, o se si richiedesse, nel debitore insolvibile, anche la *volontà*, diretta a pregiudicare i suoi creditori. Gajo riteneva, bastasse il pregiudizio nei creditori, *eventus*, perchè si potessero annullare le manumissioni. Prevalse però l' opinione contraria di Giuliano, che richiedeva, oltre il materiale pregiudizio nei creditori, anche l' intenzione, *consilium*, nel debitore insolvibile, di pregiudicarli colle manumissioni de' suoi schiavi. A costituire la frode, si esige quindi, nel debitore, l'*animus fraudandi*.

Se un debitore, credendosi più ricco di quello che non fosse, avesse data la libertà ai proprii schiavi, gli schiavi rimanevano liberi, comunque i creditori, dalla manumissione risentissero un pregiudizio, perchè, ciò non sarebbe avvenuto, coll'animo nel debitore di pregiudicarli. E Giustiniano soggiunge, che avviene frequentemente, che gli uomini si credano più ricchi di quello, che siano veramente. *Sæpe de facultatibus suis, amplius quam in his est, sperant homines.* [2]

I creditori adunque, che volevano far dichiarare nulle le manumissioni, dovevano provare il pregiudizio loro derivante e la mala fede nel manumittente.

La regola che fossero nulle le manumissioni, fatte in frode dei

[1] Lib. 1, tit. 6, Inst. pr. – Lib 40 tit. 9, Dig. fr. 16, § 3.
[2] Lib. 1, tit. 6, Inst. § 3.

creditori, subiva una eccezione, quando il debitore insolvibile avesse dato la libertà ad uno schiavo, instituendolo erede. *Licet domino, qui solvendo non est, testamento servum suum cum libertate, heredem instituere ut fiat liber heresque ei solus et necessarius.* [1] Ad illustrazione di questo passo delle Istituzioni, conviene notare, che se un cittadino romano moriva oberato e senza eredi, i creditori si facevano immettere nel possesso dell'eredità che vendevano sotto il nome del defunto, e questa forma di procedura era ritenuta ignominiosa per la memoria del defunto stesso. Il cittadino romano adunque, che desiderava risparmiare al proprio nome questa macchia postuma, istituiva erede uno schiavo, il quale, volesse o non volesse, rimaneva libero ed erede. Da qui la denominazione di *heres necessarius.* Così la vendita della sostanza del defunto oberato aveva luogo in confronto dell'erede, che non aveva il diritto di esimersi. I Pretori accordavano infatti agli *heredes sui* [2] la facoltà di astenersi dall'eredità, *beneficium abstinendi*, ma non agli eredi *necessarii.* Del resto, non v'ha dubbio, che gli schiavi, di buon animo, avranno assunto questo ufficio, per l'inestimabile dono che ottenevano della libertà.

Si richiedeva per altro alla validità di questa manumissione, in pregiudizio anche dei creditori, che non vi fosse alcun altro erede testamentario, e che fosse manumesso un solo schiavo. Qualora fossero più gli schiavi manumessi nel testamento, il primo nominato soltanto sarebbe stato erede e perciò libero.

Nell'antico diritto, lo schiavo istituito erede, doveva essere espressamente fatto libero, *heres cum libertate.* Giustiniano stabilì, che, ogni qual volta un padrone instituisse erede uno schiavo, si ritenesse senz'altro libero. *Ex ipsa scriptura institutionis libertas servo competere videtur;* non essendo verisimile, che un padrone, instituendo erede uno schiavo, volesse lasciarlo nella servitù, e non avesse poi così alcuno per erede.

Abbiamo accennato, che, fra le limitazioni agli affrancamenti, portate dalla legge *Aelia Sentia*, il manumittente doveva avere l'età di 20 anni. Quegli che fosse minore di 20 anni, non poteva manumettere i suoi schiavi che, *vindicta*, e previa una giustificazione

[1] Ibid. § 1.

[2] Gaji comm. II § 154 - Ulp. XXII XXIV - Lib. 2, tit. 19. Inst. § 2. - Lib. 29, tit. 2, Dig. fr. 6, § 5, Lib. 38, tit. 16, Dig. fr. 1, § 8.

innanzi ad un consiglio, del motivo della manumissione; motivo, che avrebbe dovuto essere riconosciuto legittimo, anche quando gli schiavi da manumettersi non avessero compiuti i trent'anni.[1]

Per altro, il minore di venti anni poteva egli pure manumettere, per testamento, lo schiavo, che volesse istituire suo erede necessario.

Si reputavano poi legittime cause di manumissione, rapporti naturali di parentela, rapporti di allievo e precettore, e simili. Il padrone che volesse manumettere la schiava, pel motivo di contrarre matrimonio con essa, doveva giurare di condurla in moglie entro sei mesi. Lo schiavo, che si manumettesse, per fare di esso un procuratore, doveva avere 17 anni compiuti, onde fosse per l'età capace di portare in giudizio le ragioni del suo patrono.

Se il Consiglio del Pretore in Roma, o del Preside nelle provincie, riconosceva legittima la causa della manumissione, la decisione era irrevocabile, sebbene la causa allegata si riconoscesse poi falsa in seguito.

Il pubere adunque, comunque potesse col suo testamento lasciare, in legato ad altri, tutti i suoi schiavi, prima dei vent'anni, non poteva, di regola, col testamento, dare la libertà a nessuno di essi. La legge si proponeva, con questa limitazione ai diritti di un proprietario, di impedire, che, con soverchia prodigalità, molti schiavi ottenessero, con pregiudizio della cosa pubblica, la libertà e la cittadinanza. E, se per la cosa pubblica era indifferente, che gli schiavi avessero un padrone, piuttosto che un altro, non si credeva indifferente, che si formasse, colle manumissioni, un troppo grande numero di liberi cittadini, poichè parecchi di essi avrebbero potuto disonorare la dignità del cittadino romano, e moltissimi, privi d'ogni mezzo di sussistenza, potevano non possedere altro bene al mondo fuori della libertà, e formare così la piaga del pauperismo, prima che si fosse ancora provveduto ai mezzi di sollievo per esso.

Abbiamo infatti dalla storia che Augusto giudicava, a' suoi tempi, tanto necessaria la legge *Aelia Sentia* sulle limitazioni alla manumissione degli schiavi, che nelle cose da esso raccomandate a Ti-

[1] Un tale consiglio, che, secondo Teofilo, si riuniva ad epoche determinate, si componeva, in Roma, del Pretore, di cinque Senatori e di cinque cavalieri; nelle provincie, del Preside e di venti *recuperatores*. Gajus I, § 20.

berio, al Senato, al popolo romano, vi comprese l'osservanza rigorosa di una tal legge, *ne promiscua turba urbs impleretur.*

Giustiniano, non apprezzando lo spirito della legge *Aelia Sentia*, trovò che era una contraddizione, che un uomo potesse, per testamento disporre, se pubere, di tutte le sue sostanze, e non potesse disporre che a venti anni della libertà de' suoi schiavi. Stabilì quindi, conservando però ancora un avanzo della contraddizione che censurava, un termine di mezzo fra l'età dei quattordici e quella dei venti anni; e permise, che, a diciassette anni, potesse il pubere dare per testamento la libertà a tutti i suoi schiavi. In seguito poi con una novella costituzione [1] stabilì, che ciascuno potesse dare la libertà a tutti i suoi schiavi in quella età in cui gli era permesso di disporre per testamento delle cose sue.

Non v'ha dubbio che la novella costituzione di Giustiniano è in maggiore armonia coi principj generali del diritto e con quelli dell'umanità; ma la legge *Aelia Sentia* si proponeva uno scopo eminentemente politico, in un'epoca, in cui la società non era stata ancora moderata dalla filosofia del cristianesimo.

Dicemmo, che, nello scopo di limitare gli affrancamenti, fu pubblicata la legge Fusia Caninia.

Negli atti *inter vivos*, le manumissioni potevano trovare già un limite nell'interesse, poichè il manumettente si privava, colle manumissioni, di una parte delle sue ricchezze; ma questo limite non aveva il suo pieno effetto negli atti di ultima volontà, che sono operativi dopo la morte del disponente e con siffatte disposizioni, anche un egoista può dimostrarsi facilmente liberale. [2] Ora avveniva non di rado, che cittadini romani, i quali avevano, durante la loro vita, non meritata mai riputazione alcuna di liberalità, rendessero poi liberi, con un testamento, tutti o una gran parte dei proprii schiavi; non fosse altro che per avere un numeroso corteggio di liberti pileati che intorno a sè rendessero più solenni i riti funebri. [3]

Era questo altro dei modi con cui veniva aumentato in Roma il numero dei liberi cittadini; ma, molte volte, in uno stato tale di

[1] 119 - c. 2

[2] *Morientes etiam avari solent esse liberales, quia non amplius opus est divitus.* Heineccius.

[3] Dionigi d'Alic. Lib. 4.

miseria, che non riceveva poi sollievo sufficiente, nè dalla privata, nè dalla pubblica pietà. [1]

La legge Fusia Caninia, a prevenire siffatto disordine, fissò il numero degli schiavi, che un testatore avrebbe potuto manumettere, in relazione al numero degli schiavi che gli appartenevano; in modo però, che il numero dei manumessi non fosse mai più di cento. [2]

Se poi il testatore sorpassava il numero degli schiavi, che gli era permesso di manumettere, erano resi liberi i soli primi nominati fino alla concorrenza del numero legittimo. Gli altri rimanevano ancora tutti schiavi. Se i nomi degli schiavi erano indicati, in forma di circolo, nessuno acquistava la libertà, perchè nessuno era più favorito di un altro.

Ai tempi di Giustiniano le condizioni politiche eransi mutate. La legge Fusia Caninia potè quindi giustamente essere abolita. [3]

Giustiniano, intorno alla abolizione della legge Fusia Caninia, dà la ragione, che, ciò che è conceduto per un atto tra vivi, molto più deve concedersi negli atti di ultima volontà. *Quidquid conceditur inter vivos, multo magis concedendum in ultimis voluntatibus.* Ma questa ragione non vale, per altro, generalmente; poichè i Legislatori possono, molte volte, trovarsi nella necessità di vietare, negli atti di ultima volontà, quello che può essere, con minore pericolo, concesso ai cittadini negli atti *inter vivos.* [4]

§ 59. Stati aventi una analogia colla schiavitù.
Auctoratio; Redemptio ab hostibus; Nexum; Addictio.

Collo stato di schiavitù avevano una analogia, maggiore o minore, alcuni altri stati.

[1] Cujacius. Obs. III, 23.

[2] Chi aveva due schiavi poteva farli liberi tutti e due; dai due ai dieci la metà; dai dieci ai trenta il terzo; dai trenta ai cento il quarto; dai cento ai cinquecento il quinto; ma ad ogni modo non mai più di cento in tutto. Ognuno vede da questo prospetto che chi aveva dieci schiavi ne poteva liberare cinque; mentre non avebbe potuto liberarne che quattro chi ne aveva dodici. Laonde Gajo faceva osservare che nelle categorie superiori si potesse sempre renderne liberi almeno tanti, quanti in una delle inferiori.

[3] Lib. 1, tit. 2, Inst. - Lib. 7, Cod. tit. 3.

[4] *Nam metuendum non est ut vivi et valentes tam profuse liberales simus ut ea faciamus quæ mox morituri, cum rebus nostris jam non amplius uti nos posse credimus, liberalitatis laudem tum maxime venantes.* Vinnius.

Tali erano: 1º Il *mancipium*, del quale rimasero le tracce nel diritto Giustinianeo, e di cui diremo più innanzi. 2º L'*auctoratio*; lo stato di coloro che si erano vincolati ad un imprenditore di spettacoli pubblici nell'arena, *lanista*, obbligando l'opera propria, come gladiatori mediante un prezzo, detto *auctoramentum*. Gli *auctorati* potevano essere dal *lanista* tenuti sotto custodia, finchè non fossero sciolti dall'impegno contratto. Poichè Costantino vietò i giuochi gladiatorj, cessò lo stato degli *auctorati*. 3º La *redemptio ab hostibus*. Il prigioniero riscattato può essere ritenuto, come pegno, da chi lo ebbe a riscattare dal *nemico*, finchè egli non abbia ottenuto il rimborso del prezzo pagato. Intanto non avevano luogo gli effetti del *jus postliminii*. L'imperatore Onorio aveva stabilito però, che il lavoro, prestato per cinque anni, potesse tenere luogo del rimborso del prezzo di riscatto. 4º Il *nexum*, ossia l'obbligazione di un debitore ad una specie di servitù verso il creditore, fino al totale pagamento del suo credito. Era uno stato equivalente a quello degli *homines* in *mancipio*; e fu la *lex Petillia Papiria* che temperò l'eccessivo rigore dei rapporti fra i creditori e i debitori, e segnò un progresso nella migliorata condizione degli oberati. 5º L'*addictio*, ossia l'aggiudicazione di un debitore ad un creditore, previa, d'ordinario, la *manus injectio*, in base alla confessione del debito, fatta *in jure* o in base ad un *judicatum*.

La condizione degli *addicti* era più grave ancora di quella dei *nexi*, comunque non si dovesse, come è a credersi, letteralmente spiegare l'antica legge delle XII Tavole, per la quale, se più erano i creditori, avrebbero avuto il diritto di dividersi fra di loro il debitore. Tertiis nundinis partis secanto si plus minus ve secuerunt se fraude esto: essendo ben più probabile che questa sezione del corpo del debitore non accennasse che ad un riparto fra più creditori del prezzo, ottenuto dalla vendita, *sub hasta*, dell'oberato. Ad ogni modo, anche lo stato degli *addicti* si rese, col progresso dei tempi, sempre più mite, finchè non si ridusse che ad un arresto personale per debiti, che, più tardi, non dovevasi altrimenti scontare che in pubbliche prigioni. [1] 6º Il colonato; intorno al quale possono tornare opportuni alcuni cenni particolari.

[1] Lib. 9. tit. 5, Cod. L. 1.

§ 60. Colonato.

Sotto il nome di *colonato* indicasi un particolare stato, in cui trovavansi certe classi d'uomini addetti all'agricoltura, il quale stato ebbe la maggiore estensione negli ultimi tempi dell'impero romano. [1]

La denominazione di *Coloni* è la denominazione generica. Con altri nomi dicevansi anche, *originarii, adscriptitii, inquilini, tributarii, censiti, rustici.* [2] I coloni erano liberi, distinti cioè dagli schiavi. Per essi era possibile un vero matrimonio, e nel solo caso di fuga potevano essere trattati da schiavi. [3] Del resto questi coloni erano considerati come servi della gleba, *servi terræ*, e come tali non potevano, *terra derelicta, in alia loca migrare.* [4]

Al pari degli schiavi erano soggetti a punizioni corporali. [5] Inoltre essi non potevano muovere querela contro il loro padrone, eccetto che volessero accusare il padrone di delitto, ovvero per un arbitrario aumento del canone da loro dovuto, *superexactio*. Una più evidente analogia colla condizione degli schiavi stava poi in questo, che, quando fuggitivi, si consideravano come ladri, perchè rubavano al padrone la propria persona.

Il colono era indissolubilmente annesso al fondo su cui viveva, e non poteva esserne staccato neppure per fatto del padrone. Questi poteva liberamente vendere il fondo coi coloni, ma non il fondo senza i coloni, non i coloni senza il fondo. Il possessore di più fondi poteva soltanto tramutarli, quando fossero stati soverchj in un fondo, e fossevi un difetto in un altro. Del resto anche in questi tramuta-

[1] V. Savigny nella *Zeitschrift*, tom. 6. - Giraud, *Hist. du Droit romain au moyen âge.* - Un'analisi di Pellat del lavoro di Savigny sul colonato trovasi nella Thémis t. IX. Una traduzione italiana di questo ed altri lavori di Savigny fu fatta da Turchiarulo. Napoli 1852.

[2] Cujaccio opina che gli inquilini fossero addetti ai predii urbani e i coloni ai rustici; ma Jacopo Gottofredo dimostrò essere e gli uni e gli altri addetti ai predii rustici dalla *lex unica Codicis de Colonis Illyricianis.* Libro 11, tit. 53. - V. Cujaccio ad Cod. Lib. 11, tit. 48. - V. Gotofredo ad Cod. Theodos. Lib. V, tit. 9.

[3] *Ipsos etiam colonos qui fugam meditantur in servilem conditionem ferro ligari conveniet, ut officia, qui liberis congruunt, merito servilis condemnationis compellantur implere.* Lib. 9, tit. 5, Cod. Th. L. 1.

[4] Lib. 11 tit. 47, Cod. L. 23.

[5] *Coloni, licet conditione videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius cum nati sunt existimantur.* Lib. 9, tit. 51, Cod. L. un.

menti eccezionali, provocati da una necessità economica, non potevano essere disgiunti i figli dai genitori; in generale, i parenti con una comunione di vita. Con queste disposizioni volevasi forse riconoscere un qualche diritto nei coloni sulla terra da essi coltivata? O non erano che provvedimenti economici, e sotto alcuni riguardi anche naturali? Quale ne fosse il motivo intrinseco, è certo, ad ogni modo, che non era più rispettata la connessione del colono alla terra, quando trattavasi di formare le milizie, nella misura di cui ai padroni incumbeva il provvedimento.

La rendita annua, che il colono pagava al padrone, dicevasi *canone*. D'ordinario questo consisteva in una parte dei frutti; e come il canone non poteva essere arbitrariamente aumentato, veniva ad essere garantito lo stato dei coloni, quasi avessero un vero diritto sulla terra da essi coltivata. Per altro, quanto essi possedevano, dicevasi *peculium*, non altrimenti che per gli schiavi; ma era anche riconosciuto, rispetto agli enti che costituivano il *peculium*, una proprietà privata, di cui soltanto una arbitraria alienazione era vietata. Il colono eretico, in pena, poteva perdere la terza parte del suo *peculium*; questa stessa disposizione penale riconosce una proprietà intorno ad alcuni beni.

Uno dei maggiori aggravj del colono, era quello, che consisteva nel pagamento delle pubbliche imposte, distinte, come è naturale, dal canone, che pagavasi al proprietario.

Durante l'impero romano, per le terre con rapporti di colonato, due erano le principali specie di imposte dirette; l'imposta sulle terre, ed il testatico.

L'imposta sulle terre era pagata dai *possessores*; il testatico dai *non possessores*. L'imposta sulle terre era quindi generalmente pagata dai padroni delle terre, il testatico dai coloni; ed è per l'obbligo al pagamento del testatico, che i coloni vengono sotto il nome di *censiti, censibus obnoxii, adscriptitii*, etc., per l'inscrizione dei coloni stessi nei libri censuali delle imposte.

§ 61. Del colonato (continuazione).

E quale può essere stata, storicamente, l'origine primitiva del colonato? Varie sono le ipotesi intorno a siffatte origini.

Alcuni ritengono possa essere una istituzione antichissima anteriore

a Roma e che ripete le sue naturali origini dal fatto dei popoli vincitori sovrapposti ai vinti. Altri ne vorrebbero la origine sul finire della repubblica, intorno all'epoca in cui *Latifundia Italiam perdidere*. Altri ancora, in convenzioni per parte dei *non possessores*, che, per assicurare a sè e loro successori un modo di esistenza, si siano rassegnati ad accettare dai proprietari quelle condizioni che costituiscono il colonato. E, non soltanto i non possidenti, si aggiunge, possono essersi trovati nella necessità di accettare siffatte condizioni; ma gli stessi possidenti, per la soverchia gravezza delle imposte, possono avere mutata la qualità di proprietarj in quella di mezzajuoli o fittajuoli colle condizioni del colonato pei campi, di cui erano già innanzi padroni.

Alcuni considerano il colonato una istituzione romana, formatasi per una trasformazione, in senso più mite, della schiavitù antica. Altri lo considerano un elemento germanico accolto negli istituti romani.

Da una costituzione del codice Teodosiano, da non molti anni scoperta, risulta in fatti, che gli imperatori romani, mentre avrebbero potuto vendere come schiavi i barbari Sciti, caduti in loro potere, amarono meglio di ritenerli, siccome coloni; e che fu data facoltà ad ogni proprietario di procurarsi col mezzo del Prefetto del Pretorio un certo numero di essi, per la coltura dei propri campi, purchè venisssero però trasportati nelle provincie oltre mare. [1]

Qualunque siano le origini primitive del colonato, si potevano assumere i rapporti di esso, per *nascita*, per *prescrizione* e per *contratto*.

a) Se i genitori erano entrambi coloni, od era colona almeno la madre, i figli nascevano coloni. Se il padre era colono e la madre libera, la legislazione fu soggetta a molte variazioni. Prima di Giustiniano, i figli erano riputati coloni come il padre. Giustiniano gli dichiarò liberi, limitando più tardi questa libertà; togliendola in fine del tutto; ma da alcune costituzioni di Giustino II e di Tiberio II, parrebbe potersi dedurre, che fossero ancora riconosciuti liberi, come era la madre.

b) Per prescrizione stabilivasi il colonato sopra uomini liberi o sopra coloni altrui. Se un uomo libero era vissuto trent'anni, come

[1] Lib. 5, tit. 4, Cod. Theodos. L. 3.

colono sopra un fondo, il proprietario del fondo acquistava i diritti di colonato sopra di lui e sopra i suoi discendenti, salvo il diritto nel colono a trasmettere per successione i beni proprii particolari, che possedesse. Così, quegli, che da lungo tempo possedeva un colono altrui, poteva opporre la prescrizione al padrone originario che volesse rivendicarlo.

c) Finalmente per contratto, taluno poteva assumere gli obblighi di colonato, quando, formalmente, dichiarasse innanzi al magistrato la sua volontà.

I rapporti del colonato si potevano poi sciogliere:

1º Coll'affrancamento, se il padrone concedeva in proprietà assoluta al colono la terra, ch'egli doveva prima coltivare nella qualità di colono.

2º Colla prescrizione, se gli uomini per trent'anni, e le donne per venti, erano vissuti in uno stato di indipendenza da ogni nesso di colonato. [1]

3º Coll'ordinazione ecclesiastica. Il prete colono doveva però far adempire, per mezzo d'altri, gli obblighi suoi alla coltura del fondo, a cui era annesso. Divenendo vescovo, era sciolto poi anche da questi vincoli.

4º Coll'essere i coloni presentati dal padrone, come soldati, ed arruolati quindi nella milizia.

Il colonato romano ha certamente una grande analogia collo stato di dipendenza indicata dalla parola *hœrigkeit*, e col sistema delle corvate o comandate che dire si vogliano *(corvée)* presso i popoli germanici, sebbene manchi una connessione storica fra queste istituzioni. Durante la dominazione francese in alcune parti della Germania questa istituzione fu soppressa, perchè contraria al codice civile; ma dopo i trattati del 1815 vi fu ristabilita, con qualche condizione pei coloni più favorevole. Si risolve ora in una specie di usufrutto creditario, per il quale i coloni sono ad ogni modo distinti dai fittajuoli e dai mezzajuoli.

[1] V. la legge 23 pr. lib. 11, tit. 47, del Codice colla quale Giustiniano portò una modificazione intorno a questo punto

§ 62. Del Patronato.

Vedemmo, come in origine, quelli che non formavano parte delle *gentes*, si trovassero nella necessità di avere un *patronus*, che gli difendesse. Nelle relazioni di patroni e clienti ravvisavansi dei rapporti analoghi a quelli della *patria potestas*, anche nelle teorie della giuridica rappresentanza. Come il padre ha la rappresentanza attiva e passiva dei figli, il patrono ha una tale rappresentanza pei clienti; anzi si direbbe ch'egli esercili una ragione propria.

Molti rapporti giuridici fra patroni e clienti avevano il loro fondamento nelle consuetudini, e convien dire che questo istituto fosse equamente vantaggioso per il patrocinatore e per il protetto; poichè noi lo vediamo continuare, anche allorquando avrebbero, e gli uni e gli altri, potuto prosciogliersi dalle reciproche obbligazioni.

Nei beni del *paterfamilias* non erano compresi i beni de' suoi clienti, sebbene, nelle finzioni giuridiche, ne fosse considerato libero disponente. Forse valevano per questi beni i principj di alcune specie di peculii; e forse il *precarium*, come vogliono alcuni, accenna ad un istituto, avente le sue origini nei rapporti delle clientele.

Coll'affrancamento degli schiavi, non cessava ogni rapporto fra il manumissore e il manumesso. Il manumissore rimaneva patrono dello schiavo manumesso, ossia del suo liberto. Gli affrancamenti erano quindi la fonte più comune degli *jura patronatus*, diritti che appartenevano in comune anche a più persone, se più erano i comproprietarj manumissori dello schiavo. Per altro, secondo un Senatoconsulto, emesso sotto l'imperatore Claudio, il padrone poteva disporre, mediante una *assignatio liberti* che gli *jura patronatus* non appartenessero in comune a tutti i suoi figli, ma ad alcuno di loro.

Una specie di patronato rimaneva altresì costituito sopra i figli emancipati, e sopra coloro che fossero sciolti dal *mancipium*.

Il *Jus patronatus* può adunque definirsi quel complesso di diritti onorifici ed utili che il patrono otteneva sopra i manumessi.

Al patrono spettavano infatti i seguenti diritti. Per finzione giuridica, se non erano già naturalmente esistenti, avevano luogo gli

stessi rapporti, fra patroni e liberti, che tra genitori e figli. Mancando il liberto di agnati, il patrono prende il loro posto, sia per l'eredità, che per la tutela. Per grave ingratitudine del liberto, il patrono potrebbe revocare la manumissione, e far ricadere nella servitù il liberto ingrato. Questo diritto non si trasmette però agli eredi del patrono. Il patrono poteva esigere inoltre dai liberti atti di ossequio, *operæ officiales*, e prestazioni di lavori, *operæ fabriles*, da cui il liberto non poteva essere dispensato, che per età, o per essere egli padre di due figli. Sarebbe pure a notarsi che la schiava manumessa dal padrone, che intendeva contrarre con lei un matrimonio, non avrebbe potuto contrarlo con altri, senza l'assenza del patrono; e che infine un liberto non avrebbe potuto ricusare la tutela del patrono e de' suoi figli. In caso di bisogno, il patrono era obbligato a prestare ai liberti gli alimenti, sotto pena di perdere gli *jura patronatus*. Oltre che in questo caso, poteva cessare il patronato, per un privilegio concesso ai liberti, detto *natalium restitutio*. Anche rispetto ai diritti di patronato poteva aver luogo una *causa liberalis*, sia per parte di chi dava la prova di essere patrono colla *vindicatio patronatus*, sia per chi tendeva a dimostrare il pieno governo di se stesso, nella *vindicatio ingenuitatis*.

§ 63. Stato di cittadinanza.

L'uomo libero godeva in Roma di tutti i diritti stabiliti dal diritto naturale e delle genti; ma la sola libertà non gli conferiva la capacità di esercitare i diritti politici e civili. Si richiedeva, per l'esercizio di tali diritti, lo stato di cittadinanza, *status civitatis*, cioè che l'uomo libero potesse dirsi *civis romanus*.

§ 64. Cittadini e forestieri.

È in relazione allo stato di cittadinanza che gli uomini liberi si dividono in cittadini e forestieri, *Cives;* e *non cives: peregrini, hostes, barbari*. [1]

[1] *Hostis apud majores nostros is dicebatur, qui nunc peregrinum dicimus. Indicant XII. Tabulæ*.... ADVERSUS HOSTEM ÆTERNA AUCTORITAS, Cic. *de off.* I, 12.

Peregrini dicevansi tutti i forestieri soggetti alla dominazione romana, senza essere i cittadini. *Hostes* erano gli stranieri, non soggetti alla romana dominazione, quindi considerati ad un tempo forestieri e nemici. *Barbari* erano tutti gli stranieri fuori dei confini della romana civiltà. Nell'antico diritto di Roma era eguale la condizione dei *peregrini*, degli *hostes* e *barbari*, perchè tutti stranieri. [1]

§ 65. Diritti politici e civili dei cittadini.

I cittadini romani avevano, nei rapporti del diritto pubblico, il *jus suffragii et honorum*, e partecipavano ai *munera publica*. Nei rapporti del diritto privato, avevano il *commercium;* il *connubium;* la *patria potestas;* la *testamenti factio;* i quali diritti non appartenevano ai peregrini; e, sotto questa denominazione di peregrini, erano compresi gli stranieri; i Romani che avessero in conseguenza di una pena perduta la cittadinanza; e innanzi Caracalla, gli abitanti di presso che tutte le provincie. [2]

§ 66. Condizione intermedia tra cittadini e stranieri.

Anticamente, era una per tutti la cittadinanza, come era una ed

[1] *Hostis* indicava anticamente ospite, straniero e nemico. (Varro *de lingua latina*, lib 5, § 3). La stessa espressione, in certo modo, rendeva l'incerta posizione, in cui poteva trovarsi il forestiero. Vedemmo come l'*hospitium* potesse servire di guarentigia all'*hostis*. Del resto, l'ospitalità antica differiva dalla moderna, come differiva la condizione degli antichi e dei nostri esuli. Oggidì le nazioni civili accordano invece agli stranieri un *hospitium publicum*, fondato sopra principii generalmente ricevuti, e sopra trattati speciali. Però la concessione del *commercium* agli stranieri valeva, anche anticamente, a proteggere lo straniero colle leggi intorno alle cose; e con tale concessione, Roma si era già collocata all'altezza del concetto giuridico, per cui si trattano gli stranieri come i nazionali; colla sola differenza, che, in Roma, la concessione del *commercium* agli stranieri era o un privilegio, o la conseguenza di uno speciale trattato; mentre, per le nazioni civili, è oggidì l'applicazione di un principio generale. Questa concessione è coordinata in Roma coll'instituzione del *prætor peregrinus*, dei *Recuperatores*, ecc. V. Polyb. Lib. 3, Cap. 24. - Sigonio, *De judiciis*, Lib. 1, cap. 7. - Wattel, *Droit des Gens*. § 94 e succ. Grotius, Lib. 1, cap. 3, Puffendorf, Lib. 3, cap. 3.

[2] I libertini, *dediticiorum numero*, sono, d'ordinario, compresi pure tra i peregrini; e infatti vengono anche sotto il nome di *peregrini dediticii*. Noi abbiamo creduto di collocarli in una condizione intermedia fra i cittadini e gli stranieri; poichè, se i dediticii non sono cittadini, non si possono neppure pareggiare in tutto e per tutto ai forestieri. Il *libertinus dediticius* può da un debitore insolvente essere istituito erede; il *peregrinus* non può mai essere istituito erede.

indivisibile, per tutti la libertà. *In primis urbis Romæ cunabulis, una atque simplex libertas competebat.* [1] Più innanzi si ebbero, rispetto alla cittadinanza, notabili differenze nel diritto pubblico e nel diritto privato. Popoli ed individui ebbero una partecipazione, ora maggiore, ora minore al *jus civile*, proprio dei cittadini romani. Da qui i *Latini*, e la classe ancora inferiore ai Latini, i *deditizj*, che erano in una condizione intermedia fra i cittadini e gli stranieri. Anche i manumessi, diventando liberi, divenivano un tempo cittadini romani, cogli stessi diritti degli ingenui; ma più tardi si ebbero delle classi di libertini aventi la stessa condizione dei Latini, ed altri nella stessa condizione, in cui trovavansi i deditizj. Noi vogliamo offrire alcuni cenni illustrativi intorno ai popoli ed agli individui, che erano appunto in questa condizione intermedia tra i cittadini ed i forestieri.

Abbiamo dalla storia, che innanzi alla fondazione di Roma esisteva fra i popoli italici una confederazione latina, di cui Alba era la città capitana. L'antico diritto federale latino, più particolarmente, risguardava il *jus hospitalitatis s. hospitii;* il *jus commercii;* il *jus connubii* e il *jus reciperationis.* Per il *jus hospitalitatis* ogni Latino aveva il diritto d'essere accolto e rispettato nelle diverse città federali, a cui aveva libero l'accesso, e vi godeva generalmente gli stessi diritti degli originarii, qualora, per questi diritti, non si richiedesse espressamente la qualità di cittadino.

Per il *jus commercii*, il cittadino di uno stato confederato aveva libere, in tutte le città della confederazione, le contrattazioni civili; e vi godeva del diritto di dominio, come se fosse stato nella città propria. Per il *jus connubii*, ciascun latino aveva il diritto di contrarre un valido matrimonio con qualunque Latina, appartenente ai vari stati della confederazione. Il *jus reciperationis* o *recuperationis* comprendeva la facoltà per ogni Latino, quando si credesse leso nei suoi diritti di ospitalità, di commercio o di connubio, di invocare la riparazione della lesione sofferta, ed una protezione per l'avvenire. Come *recuperare* equivale a ricevere, riacquistare, la *recuperatio* era per il Latino il richiamo di un diritto, a lui spettante, perchè assicuratogli dal patto federale; rappresentava l'adempimento degli obblighi dei vari stati confederati e dei cittadini dei vari stati fra

[1] Lib. 1, tit. 5, Inst. § 3.

loro. Apparteneva quindi la *recuperatio* al diritto latino pubblico e privato.

Dalla storia abbiamo ancora, come Roma appena sorta, ebbe a combattere e vincere Alba, poi ebbe a combattere colle varie città confederate, onde farsi accettare nella confederazione; quindi ebbe nuove guerre per acquistare sopra di essa la supremazia; finchè distrutta la confederazione, rimase sola dominatrice di tutto il Lazio. Il diritto dei Latini non fu però affatto distrutto. Un tale diritto fu mantenuto ancora da Roma per alcuni popoli Latini e, fra gli istituti dell'antico diritto federale, fu più particolarmente conservato il *jus commercii*, e per alcuni popoli più favoriti anche il *jus connubii*. Da qui i Latini, come dicemmo, aventi una condizione intermedia fra i cittadini romani e gli stranieri, perchè del *jus civile* dei Romani godevano appunto il *jus commercii* e alcune volte anche il *jus connubii*. [1]

I deditizii erano propriamente quei nemici di Roma, che, deponendo volontariamente le armi, si arrendevano e conservavano la libertà individuale. [2] Così, essi rimanevano distinti dai prigionieri di guerra, che erano fatti schiavi. I deditizii non erano cittadini, nè erano considerati affatto stranieri. Per altro non godevano dei diritti dei Latini. Erano popoli vinti, senza una esistenza nè civile, nè politica e in una relazione di sudditanza con Roma.

Parlando dei diversi modi di affrancamento, abbiamo detto, come anticamente gli schiavi non potessero essere manumessi, che in certi modi solenni, *censu*, *vindicta*, *testamento*. Abbiamo soggiunto, che quando fossero in altri modi manumessi, *non ex jure Quiritium*, i Pretori accordavano una protezione a questi schiavi manumessi, difendendone la libertà di fatto; e che una *Lex Junia Norbana* aveva confermato il temperamento, introdotto dal diritto pretorio, dichiarando liberi gli schiavi, non manumessi nei modi del diritto civile. Ora qui dobbiamo soggiungere, che gli schiavi, riconosciuti liberi dall'editto del Pretore e dalla Legge *Junia Norbana*, non furono considerati veramente cittadini romani, ma in una posizione inter-

[1] Cf. Niebuhr, *Rom Geschichte*, Vol, II.

[2] Tit. Liv. 7, 31; Ces. 1, 27. *Is, qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certæ civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suæ testetur.* Ulp. *Fragm.* XX, § 14.

media, perchè, posti allo stesso livello dei Latini; donde, la denominazione di *Latini Juniani,* perchè pareggiati ai Latini, e riconosciuti liberi dalla *lex Junia.* [1] *Juniani, quia per legem Juniam liberi facti sunt, etiamsi non cives romani.* [2] I Latini Giuniani durante la vita erano considerati liberi; avevano il *commercium* e la possibilità di acquistare il dominio *ex jure Quiritium;* ma alla loro morte, erano considerati come schiavi, perchè i loro beni ritornavano agli antichi loro padroni. *Vixisse ut liberos, decessisse ut servos.* Essi avevano il diritto di intervenire nei testamenti *per aes et libram;* ed avevano la facoltà di ricevere eredità per fidecommessi. Per le molte interdizioni dei Latini, Giustiniano diceva: *Latina libertas est quasi per satyram inducta.* [3] Essi potevano però in vari modi divenire cittadini romani. [4]

Parlando delle leggi, che ebbero per iscopo di limitare gli affrancamenti, abbiamo ricordata la *lex Aelia Sentia.* Or bene, tra le disposizioni della legge *Aelia Sentia*, dobbiamo notare la seguente. Siccome nel grandissimo numero di schiavi fatti liberi, molti erano anche di costumi vili e corrottissimi, ed aventi persino un marchio ignominioso, *stigmate inusti*, nella legge *Aelia Sentia*, fra le altre cose, era pure stabilito, che se venivano manumessi degli schiavi, i quali avessero subite certe pene, per esempio, il marchio o la tortura, non dovessero essere considerati veri cittadini romani, ma si dovessero ritenere allo stesso livello dei deditizii, i quali non godevano che quei diritti, che, pel diritto delle genti, sono riconosciuti in tutti gli uomini liberi.

I deditizii erano in una condizione estremamente dura. Oltre che non avevano i diritti dei Latini, essi non potevano divenire cittadini romani, se non quando il padrone, per salvare dall' ignominia la propria memoria, avesse avuto bisogno di costituire un deditizio quale erede necessario. Ai deditizii era inoltre vietato di abitare in Roma ed in un raggio di cento miglia all'intorno. I contravventori

1 Vangerow, *die Latini Juniani.*
2 Gaii, Inst. Comm. 1, § 13.
3 Lib. 7, tit. 6, Cod. L. 1, pr.
4 *Latini jus Quiritium consequuntur his modis: beneficio principali; liberis; iteratione; militia; nave, aedificio; pistrino, propterea ex senatusconsulto vulgo quæ sit ter enixa.* V. Ulpiani *Fragm Lib. sing. Reg.* tit. 3, § 1, 2, 3.

erano presi, e venduti come schiavi, a profitto del tesoro pubblico. Il padrone non poteva, in generale, manumetterli. Se manumessi, sarebbero stati considerati schiavi del popolo romano.

Fatta astrazione dai Latini Juniani e dai deditizii, i libertini godevano in generale, l'esercizio di tutti i diritti civili, salve alcune ristrizioni intorno alle nozze ed alle successioni ereditarie.

Tali erano le disposizioni romane che stabilivano una condizione intermedia tra cittadini e stranieri. *Qui manumittebantur, modo majorem et justam libertatem consequebantur et fiebant cives romani; modo minorem, et Latini ex lege Junia Norbana fiebant; modo inferiorem, et fiebant ex lege Aelia Sentia dediticiorum numero.* [1]

Il favore della romana cittadinanza veniva, in origine, assai difficilmente impartito. La *lex Julia*, DE CIVITATE SOCIORUM, aveva esteso un tale beneficio, ma però sempre nei confini d'Italia. In progresso, la cittadinanza era stata concessa anche ad alcune provincie; e finalmente, per una costituzione di Antonino Caracalla, fu la cittadinanza conferita a tutti i popoli, soggetti al romano impero. *In orbe romano, qui sunt, cives romani effecti sunt.* [2] Tali leggi non si estendevano però, nè ai Latini Giuniani, nè ai Deditizii. E fu l'imperatore Giustiniano, che volle abolito ogni vestigio delle distinzioni della *libertas latina* e della *libertas dediticia*. Anzi, come dicemmo, tolse ogni differenza fra ingenui e libertini, non lasciando sussistere che il diritto di patronato nell'*obsequium*, dal liberto dovuto al patrono, nel diritto alle *operæ* e negli *jura in bonis*, pel diritto di successione.

Il *jus regenerationis*, che gli imperatori romani avevano, per privilegio, accordato ad alcuni liberi individualmente, fu adunque, da Giustiniano, concesso a tutti i libertini in generale, col diritto anche al *jus aureorum anulorum*, che, in origine, era proprio dei soli cavalieri romani; poi degli ingenui soltanto, e quindi esteso a tutti i cittadini. Nel diritto Giustinianeo, non si hanno perciò, che *cives* e

[1] Lib. 1, tit. 3, Inst. § 3.

[2] Ibid. fr. 17. - V. Rykius *in notis ad Tacitum*. - Voet ed altri vorrebbero autore di questa costituzione, Antonino Pio, il *Divus Pius*, dei giureconsulti romani, siccome quegli, sotto il cui impero, fu fatto anche il Senatoconsulto Aproniano *de hereditatibus per fideicommissum civitatibus relictis*, esteso a tutte le città del mondo romano. - Per altro, Dione direbbe, che Antonino Caracalla, onde la vigesima dell'eredità fosse pagata dal maggior numero possibile di contribuenti, donò la cittadinanza a tutti quelli che erano nell'orbe romano.

peregrini; e sono i *peregrini*, che rimangono regolati ancora dal diritto delle genti.

§ 67. Modi di acquistare la cittadinanza romana.

La cittadinanza romana può essere *originaria* od *acquisita; originaria,* quando proviene dalla nascita; *acquisita,* quando si ottiene per un fatto posteriore alla nascita, il quale chiamasi oggigiorno naturalizzazione.

Per *nascita*, competeva ai figli di un cittadino romano, unito in giuste nozze; e fuori delle giuste nozze ai figli di madre illegittima, cittadina romana. *Cives origo facit.* [1]

Per un fatto posteriore alla nascità, acquistavasi la cittadinanza: 1º Coll'adozione; 2º colla manumissione; *cives quidem... manumissio, allectio vel adoptio facit;* [2] 3º per legge, che ne riconoscesse il diritto sotto certe condizioni; 4º per una concessione speciale, accordata originariamente dal popolo o dal Senato, e più innanzi dal principe. Gli imperatori, poichè la cittadinanza romana aveva perduta l'antica sua importanza, furono anzi sempre generosi dispensieri di essa, e già accennammo or ora, come Antonino Caracalla l'avesse accordata poi a tutti i popoli, soggetti all'impero romano.

Quando la cittadinanza compete per la nascita, è affatto indifferente il luogo della medesima; e perciò, quand'anche fosse avvenuta in paese straniero, decide sempre la qualità dei genitori. [3] Di più, il figlio è cittadino romano, se il padre lo era, quando il *figlio fu generato,* in giuste nozze. Il figlio illegittimo segue invece, per la cittadinanza, lo stato, che la madre aveva all'epoca della di *lui nascita.* [4]

[1] Lib. 1, tit. 39, Cod. L. 7. - Lib. 50, til. 1, Dig. pr.

[2] Lib. 10, tit. 39, Cod. L. 7. Una persona poteva godere, ad un tempo, della cittadinanza di più città dell'impero romano. Egli è perciò, che, alla cittadinanza di origine, poteva essere aggiunta una cittadinanza municipale di adozione. È ben vero, che abbiamo in Cicerone (*pro Balbo* c. II). *Duarum civitatum civis esse, nostro jure civili, nemo potest;* ma trattasi qui di città non appartenenti allo stato romano.

[3] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 19. - Lib. 10, tit 39, Cod. L. 7. - Vattel. *Droit des gens.* Liv. 1, c. 19, § 216.

[4] La legge mensia ricusò la qualità di cittadino al figlio nato da un matrimonio fra una cittadina romana ed uno straniero; disposizione modificata poi da un senatoconsulto sotto Adriano. *Connubio interveniente, liberi semper patrem sequuntur, non interveniente connubio, ma-*

§ 68. Modi di perdere la cittadinanza.

La cittadinanza si perdeva 1° colla *perdita della libertà*. Ricordiamo, per altro nuovamente, che, se un cittadino romano, fatto prigioniero di guerra, ritornava in patria, o almeno veniva in un paese amico dei Romani, per una finzione giuridica, espressa dal *jus postliminii*, si considerava, come, se non avesse perduto mai nè libertà, nè cittadinanza; 2° colla *rinunzia* alla cittadinanza romana, accettando la cittadinanza di un paese straniero; [1] 3° coll'esiglio. I condannati alla pena di morte, potendo rimanere liberi mediante una cauzione, si sottraevano, in tal modo, alla pena con un esiglio volontario. Per impedire il ritorno del delinquente gli si interdicevano l'acqua e il fuoco, *aquæ et ignis interdictio*. Così, questa venne ad essere in moltissimi casi la pena ordinaria, che portava naturalmente con sè la perdita della cittadinanza. [2] 4° Colla deportazione.

La cittadinanza non era invece perduta colla relegazione. Laonde Ovidio, relegato da Augusto a Tomi, confortavasi nel suo dolore di non essere divenuto peregrino. [3]

§ 69. Stato di famiglia

In vari sensi prendesi la denominazione, *familia*.

In senso lato, che è il più conforme all'antico *jus Quiritium, familia* indica tutti gli agnati, anche dopo la morte dello stipite comune. Questa famiglia può essere poi divisa in vari rami, ossia in varie

tris conditioni accedunt: excepto eo, qui ex peregrino et cive romana peregrinus nascitur, quoniam lex mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet. Ulp. V. 8.

[1] *Duarum civitatum civis esse, nostro jure civili, nemo potest*. Cic. *pro Balbo* II.

[2] *Exilium* da *ex* e *solum* donde *exsul*. – È noto, come la necessità dell'esiglio non fosse sempre un castigo, ma un mezzo di cautela contro l'ambizione dei cittadini più distinti, e contro il temuto dispotismo di quelli che godevano oltre misura il favore popolare. È noto altresì come gli Ateniesi specialmente si giovassero dell'*ostracismo* per conservare, fra tutti i cittadini, la maggiore possibile eguaglianza, e come ne abusassero, ricordando anche solo la condanna di Aristide.

[3] *Nec vitam nec opes, jus nec mihi civis ademit, Nil nisi me patriis abesse focis*. Eleg. 2.

famiglie particolari, aventi, ciascuna, un capo a sè. E in questo senso, la grande famiglia corrisponde, in certo modo, ad una *gens.* [1] *Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum, nam et si patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*

In senso proprio famiglia è l'unione di più persone, che sono sotto la podestà di un solo. *Jure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate aut natura, aut jure subiectæ, utputa patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, utputa nepotes et neptes et deinceps.* [2]

Nella famiglia sono compresi tutti i discendenti da un genitore comune. *Item appellatur familia plurium personarum, quæ ab ejusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur.* [3]

In altro senso famiglia comprende gli schiavi e gli *homines in mancipio. Familiæ appellatio omnes servos comprehendit;* ed indica altresì un patrimonio, come nelle XII Tavole: AGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO.

Ma non basta conoscere i varii sensi, in cui è presa, nel diritto romano, l'espressione, *familia.* Per comprendere lo spirito di alcune leggi, rimasteci nella collezione giustinianea, conviene conoscere l'interna costituzione della *familia* romana.

[1] Secondo Festo, *familia*, deriverebbe da *famel*, che, nella lingua osca, corrispondeva e *servus;* donde Ennio trasse *famul*, radice di *famulus*. Potrebbe anche derivare dal greco ὁμιλία, *conversatio*, aggiungendovi il digamma eolio.

[2] Lib 50, tit. 16, Dig. fr. 195. – Alla famiglia romana è coordinata l'antica instituzione della *gentilitas?* In Cicerone abbiamo: *Gentiles sunt, qui inter se* EODEM NOMINE *sunt. Non est satis.* QUI AB INGENUIS ORIUNDI SUNT. *Ne id quidem satis est.* QUORUM MAJORUM NEMO SERVITUTEM SERVIVIT, *Abest etiam nunc, qui* CAPITE NON SUNT DEMINUTI. *Hoc fortasse satis est.* Top. c. 6. E in Festo: *Gentilis dicitur et ex eodem genere natus, et is qui simili nomine appellatur.* Pare più probabile che *gens* indicasse una corporazione politica che prendeva d'ordinario il nome dal capo di essa, e corrispondesse a quelle famiglie politiche che, con eguali caratteri, trovansi presso gli Etruschi, presso i Greci ed anche presso i popoli germanici. V. Niebuhr, R. G. Rudorff. *das Recht der Vormundschaft;* e Giraud *de la Gentilité romaine*. cfr. Ortolan *Expl. hist. d. Inst.* – Le *gentes* avevano poi Dei particolari, con particolari riti e sacrifici. Nel secolo secondo la *gentilitas* non era più riconosciuta. Abbiamo infatti in Gajo: *totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse*. comm. 3, § 17. – È noto come gli Israeliti prendano l'espressione *gentili* in altro senso, chiamandoli Gojim, detti poi con vocabolo greco *etnici* da ἔθνος naziono.

[3] Ibid.

Anticamente la famiglia romana era essa pure una corporazione politica; rappresentava, in certo modo, un piccolo Stato, nel quale il *paterfamilias* era, per così dire, re e pontefice. [1]

Nell'organizzazione dell'antica famiglia romana, la consanguineità non è un elemento essenziale. Prevale anzi, alla consanguineità, la parentela civile, detta agnazione. La famiglia romana ha per fondamento la *patria potestas*, e, per limiti, l'agnazione. Un estraneo alla famiglia vi può essere introdotto coll'adozione, e chi è messo fuori dalla famiglia, comunque non siano rotti, e non si possano rompere mai i vincoli del sangue, diviene estraneo, e non ha più alcun rapporto con essa. Così, non sono compresi nella famiglia i parenti per parte di donne, non essendovi con essi alcun vincolo di agnazione, che è vincolo tra parenti, che, per linea maschile, appartengono alla stessa famiglia. La cognazione, propriamente detta, non attribuiva adunque anticamente alcun diritto di famiglia, di tutela, di successione. Il vincolo di sangue, nella cognazione, valeva soltanto in certi limiti, quale impedimento al matrimonio. [2]

§ 70. Persone *sui juris;* Persone *alieni juris. Manus; Mancipium.*

Ogni persona trovasi in una famiglia, o come capo di essa, o come soggetta a questo capo.

Da qui la distinzione di persone, *sui juris*, e di persone, *alieno juri subjectæ.*

È persona *sui juris*, il capo-casa, *paterfamilias*, che può estendere la sua autorità sulla moglie, sui figli, sugli schiavi, sugli *homines in mancipio.* Tali persone, che possono essere soggette al *paterfamilias*, non sono però tutte nello stesso rapporto giuridico.

Nell'antico diritto, erano quattro le specie di podestà, che potevano trovarsi riunite nel *paterfamilias: potestas patria; potestas dominica; manus; mancipium.*

[1] A spiegare l'origine dello stato romano fu da taluno presentata l'idea di una piramide formata nella sua base dalle 300 *gentes*, degradantisi nelle 30 curie, quindi nelle 3 tribù, ed aventi l'unità nel re.

[2] È in forza della separazione della famiglia paterna e materna, che, nella lingua latina, i parenti, per parte di padre, erano distinti, anche nei nomi, dai parenti per parte di madre; donde, per esempio, *patruus*, *amita*, zio e zia paterna, *avunculus*, *matertera*, zio e zia dal lato di madre.

Alla *potestas patria* erano soggetti i figli; alla *potestas dominica*, rappresentante *potestas* e *dominium*, erano soggetti gli schiavi; alla *manus*, che era una podestà maritale, coordinata alla *potestas patria*, era soggetta la moglie, date certe condizioni giuridiche; e per la *manus* essa era in famiglia, come una figlia del marito: *uxor in manu conventa loco filiæ habebatur.* [1] Il *mancipium* era una autorità, che un *paterfamilias* acquistava sopra certe persone, col mezzo di un atto solenne, detto *mancipatio*.

Gajo, nelle sue istituzioni, si occupa, oltre che della *potestas patria* e della *potestas dominica*, anche della *manus* e del *mancipium*. [2]

Giustiniano non parla che della *potestas patria* sui figli e della *potestas dominica* sugli schiavi. Non parla, nè della *manus*, nè del *mancipium*; perchè questi istituti erano, a' suoi tempi, caduti già in dissuetudine. [3] E in fatto, era cessata la *conventio in manum* rispetto alle mogli; era pure abolita la *noxæ datio* dei figli, per la quale, questi cadevano in *mancipio* altrui. L'alienazione dei figli non è più acconsentita nel diritto giustinianeo, che quando i genitori siano nella estrema miseria, e vogliano alienare i figli appena nati. Laonde questo sarebbe l'unico avanzo storico del *mancipium* anticamente ammesso. [4]

Mentre adunque nel diritto antico erano persone *alieni juris*, *l'uxor in manu conventa*, i *filii familias*, i *servi*, gli *homines in mancipio*, nel diritto giustinianeo non sono persone *alieni juris*, che i figli di

[1] Gajus II § 159. *Idem jus est in uxoris persona, quæ*, IN MANU *est*, *quia filiæ loco est*. Cf. I; § 114, 118; II, § 139, III, § 14. La *in manum conventio*, *fiduciæ causa*, non pareggiava la moglie ad una figlia. Non produceva questo effetto che l'*in manum conventio, matrimonii causa.*

[2] Gajo *Comm.* I § 123. *Mancipati mancipataeve servorum loco constituuntur.* Una *stipulatio* dell'uomo *in mancipio* era nulla come quella dello schiavo. *Item inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler qui juri meo subjectus est* ··· *is a me* ··· *in mancipio* ··· *non solum ipsi* ··· *sunt obligari non possum, sed ne alii quidem ulli*. Gaii Comm. III, § 104, V. anche § 114. - Per l'uomo *in mancipio* erano sospesi anticamente i diritti politici? La risposta affermativa sembra la più probabile, ad onta della legge 5, § 2 e della legge 6 *de capite minutis* Lib. 4, tit. 5, del Digesto. Ma ai tempi di Ulpiano e di Paolo il *mancipium* aveva già perduto dell'antica sua importanza.

[3] L'espressione mancipio è rimasta nella nostra lingua ad indicare una specie di schiavitù. « Tutti i diletti umani llan per natura tormentar coloro, Che preda fatti e vil mancipii loro, son divenuti insani » Boez. Varchi 3. 7.

[4] Coloro che erano nello stato, detto *mancipii causa*, trovavansi però in una condizione assai più mite di quella degli schiavi. Solo nella incapacità ad essere proprietari, e nell'acquistare per il padrone loro, sarebbero pareggiati veramente agli schiavi

famiglia e gli schiavi. *In potestate dominorum sunt servi* [1] ..... *In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreaverimus, quod jus proprium civium romanorum est.* [2]

Dei cittadini romani adunque, altri sono *patresfamilias*, altri *filii familias*.

Paterfamilias è quegli, che, pubere o impubere, non è soggetto alla *potestas patria.* [3]

Filiusfamilias, quegli, che, impubere o adulto, è soggetto alla *potestas patria.* Quegli che nasce da me e da mia moglie, è in mia podestà: ed egualmente, quegli che nasce da mio figlio e sua moglie, cioè il mio nipote, la mia nipote. Lo stesso dicasi del pronipote e della pronipote e degli altri discendenti. [4]

L'antica famiglia romana, come dicemmo, non era che nei vincoli dell'agnazione; ma Giustiniano, accogliendo il progressivo mutamento nell'ordine dei fatti e delle idee, tenuto conto di vari editti dei pretori e di molte costituzioni de' suoi predecessori, proclamò nelle sue leggi l'assoluta prevalenza della parentela naturale o di sangue sopra la parentela meramente politica, avente la sua base nella agnazione e nella gentilità.

Per altro, anche cessata la costituzione dell'antica famiglia romana, la capacità di diritto fu subordinata, per molti riguardi, al posto occupato nella famiglia.

E in fatti, perchè un cittadino possa acquistare diritti per sè, ed avere altre parsone sotto la propria dipendenza, è necessario, ch'egli sia *paterfamilias*. Perchè possa poi avere certi diritti, per esempio, di successione legittima, di tutela, come anticamente, bisognava essere agnato della famiglia, per diritto giustinianeo, conviene trovarsi colla famiglia in quel rapporto, da esservi inerente l'esercizio di quei diritti.

[1] Lib. 1, tit, 8, Inst § 1.

[2] Lib. 1, tit. 9, Inst. pr. e § 2.

[3] *Patresfamiliarum sunt, qui sunt suæ potestatis, sive puberes, sive impuberes.* Lib. 1, tit. 6, Dig. fr. 4.

[4] Lib. 1, tit. 9, Inst § 3 - Della patria potestas noi tratteremo nella *parte speciale*.

§ 71. Perdita dello stato civile, *Capitis deminutio;* Varie specie; suoi effetti.

Dicemmo che a formare una personalità perfetta, *caput*, richiedonsi *libertas, civitas, familia.*

La perdita dell'una o dell'altra delle dette qualità è rappresentata da una *capitis deminutio,* la quale può quindi essere di tre specie; massima, media, minima. *Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; tria enim sunt, quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam.* [1]

Ha luogo la *maxima, capitis deminutio*, se si perde la libertà; poichè, colla libertà si perdono anche la cittadinanza e la famiglia. Ciò avveniva per coloro che erano fatti schiavi: *maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul civitatem et libertatem amittit.* [2] Ha luogo la *minor sive media capitis deminutio*, quando, conservandosi la libertà, si perde la cittadinanza, e quindi anche la famiglia; *quod accidit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit, vel ei, qui in insulam deportatus est*; [3] così pure, per l'acquisto di una cittadinanza straniera; *media capitis deminutio est cum civitas amittitur, libertas vero retinetur.* [4] Colla massima e media *capitis deminutio*, si perdevano, non solo i diritti di agnazione, ma quelli persino di cognazione; nel senso, che non producevano più gli effetti civili ad essi inerenti. La *capitis deminutio maxima e media* produce, in certo modo, la morte; e crea ad un tempo, in chi la subisce un nuovo uomo. *Servitutem*

[1] Lib. 4, tit. 5, Dig. fr. 11. - Lib. 1, tit. 16, Inst. Nelle fonti leggesi *deminutio* e *diminutio*. Hugo preferisce *diminutio* nella sua *Rechts Geschichte;* Schilling; *deminutio;* Forse i Latini, indifferentemente, scrivevano *diminutio* e *deminutio*. Nel Codice firentino leggesi *minutio;* nella edizione Aloandrina *deminutio*; e così nelle Istituzioni. Nei commentari di Gajo abbiamo *diminutio*.

[2] Lib. 4, tit. 5, Dig. fr. 5.

[3] Lib. 1, tit. 16, Inst. § 2. - Come l'infamia producesse alcuni degli effetti proprii della capitis deminutio media vedremo più innanzi - V. Merillus *observ.* IV, 25. - Intorno alla condanna a morte per delitti militari non pare avesse luogo una *cap. dem. media* V. Lib. 28, tit. 3, Dig. fr. 6, § 5. - Lib. 29, tit. 1, Dig. fr. 11, pr. - Lib. 6, tit. 21, Cod. L. 13. - Per gli effetti di sentenze contumaciali V. Albericus a Rosate *de statutis*.

[4] Anche la *transmigratio in latinas colonias* produceva una *media capitis deminutio*. Boethius in *Cic.* Top 4. - Gaji comm. III, § 56. - Intorno alla morte civile per professione religiosa, V. Lib 1, tit. 3 Cod. L. 55. Auth. INGRESSI Cod. de sacr. Eccl. Auth. SI QUA MULIER Cod. eod. tit. Muratori *antiq. ital. medii aevi* Diss. LXVII. - Binghami *Orig. eccl.* lib. 7 c. 3. - V. Merlin *Repert. mort civile*. - Savigny *System*. § LXVIII-LXXV.

mortalitati fere comparamus [1] — *Deportatus mortui loco habetur.* [2] — Il matrimonio del deportato per volontà delle parti poteva sussistere, però *ex jure gentium.* L'uomo divenuto schiavo non riprendeva più questi diritti neppure coll'affrancamento, perchè a rigore di diritto colla manumissione si creava in certo modo una nuova persona civile. In molti riguardi aveva però ancora la sua applicazione il principio: *jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt.*

Non tutti i giureconsulti sono d'accordo nel concetto della *capitis deminutio minima.*

Il giureconsulto Paolo non ravvisa in questa *capitis deminutio* che un cangiamento di famiglia; *Libertas et civitas retinetur; familia tantum mutatur.* [3]

Gajo ed Ulpiano vi ravvisano invece anche una modificazione nella capacità giuridica; *status hominis mutatur.*

Noi accogliamo il primo concetto, e intendiamo per *capitis deminutio minima* un cangiamento nei rapporti di famiglia.

Colla *capitis deminutio minima* si cessa di appartenere ad una famiglia, o perchè si entra in un'altra famiglia, o perchè si forma una famiglia nuova. *Quod accidit in his, qui cum sui juris fuerunt, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra.*

Nel diritto antico con questa *capitis deminutio* si perdevano gli *jura* della propria famiglia, come succedeva per l'arrogato, che da *paterfamilias* diveniva *filiusfamilias* e per l'emancipato, sciolto dalla patria podestà. [4]

Nel diritto giustinianeo, per la *capitis deminutio minima* avviene

[1] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 209. – Cremani *de jure crim.* Lib. 1, part. 2, c. 8, Cf. Matthaei *de crim. et poenis*, Lib. 48, tit. 18, Voet *ad Pand.* Lib. 28, tit. 1.

[2] Lib. 37, tit. 4, Dig. fr. 4, § 2, V. Cujacius *Obs.* XVIII, 13.

[3] Lib. 1, tit. 16, Inst. § 6 – Nei commentari di Gajo e nelle istituzioni di Giustiniano si usa indifferentemente *minor* come sinonimo di media. Gajo comprende sotto l'espressione *majores* la capitis deminutio maxima e minor. Ulpiano le comprende sotto l'espressione *magna;* ed usa la parola *minor* per indicare la capitis deminutio minima. Lib. 38; tit. 6, Dig. fr. 1, § 4. - Lib. 38, tit. 17, Dig. fr. 1, § 8.

[4] Importa di ricordare qui il passo di Gajo intorno alla *capitis deminutio minima*, massime per gli emancipati, pei quali aveva luogo un *mancipium* da cui erano sciolti, sebbene il *mancipium* non fosse che di forma. *Minima capitis diminutio est cum et civitas et libertas retinetur; sed status hominis commutatur, quod accidit in his, qui adoptantur: item in his, quæ coemptionem faciunt, et in his, qui mancipio dantur, quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem, ut quoties quisque mancipetur aut manumittatur, toties capite diminuatur.* Com. 1 § 162.

bensì un cangiamento nei rapporti di famiglia, ma questo cangiamento non porta sempre con sè una diminuzione di capacità giuridica. Se vi ha una diminuzione di capacità giuridica per l'arrogato, che da *paterfamilias* diviene *filiusfamilias*, vi ha invece un aumento di capacità giuridica per il figlio emancipato, che diviene *sui juris.* [1] Ad ogni modo la *minima capitis deminutio* agisce sempre nei soli rapporti di diritto privato. [2]

La manumissione degli schiavi non produceva una *capitis deminutio. Servus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.* [3]

Così se un senatore è spogliato della sua dignità, non subisce una *capitis deminutio,* essendo le dignità, attributi affatto accessorj dello stato civile. *Senatu motum capite non minui constat.* [4]

Titolo Terzo.

DISTINZIONI DELLE PERSONE NON DIPENDENTI DALLO STATO CIVILE.

§ 72. Cause da cui procedono tali distinzioni.

Oltre che dallo stato di libertà, di cittadinanza, e di famiglia, varie distinzioni delle persone possono procedere da altre cause, ossia

[1] Sostiene una opinione contraria *Savigny* – V. Schilling *Inst.* – Puchta, Boeking *Pand.* – Hugo *Rechtsgesch.* – V. la nota di Pellat al § 67 del *Lehrbuch der Inst.* des r. R. di Marezoll.

[2] Questi effetti riguardavano il diritto di famiglia, ed i diritti sulle cose, le obbligazioni, e in qualche riguardo, anche il diritto di successione. In quanto al diritto di famiglia, il matrimonio continuava a sussistere, ed egualmente rimaneva intatta la cognazione; cessava invece l'agnazione, eccetto che per l'emancipazione nel diritto giustinianeo (Lib. 6, tit. 58, Cod. L. 13, § 1). In quanto ai beni, la proprietà non è distrutta dalla *capitis deminutio minima;* i beni dell'arrogato passano all'arrogante, ed il figlio emancipato conserva il peculio castrense, che già prima avesse acquistato. Intorno alle servitù ne vedremo i principii particolari nel trattato che le riguarda. In quanto alle obbligazioni attive, di regola, queste non rimanevano estinte. (Vedi un'eccezione al § 114, comm. III di Gajo). Le obbligazioni passive cessavano, come obbligazioni *civili;* ma il Pretore, colla restituzione in intiero, proteggeva però i creditori contro questa estinzione. La restituzione non era necessaria pei debiti risultanti da un delitto, da un deposito, da una eredità già accettata. Riguardo al diritto di successione, il testamento dell'arrogato diviene *irritum,* eccetto che intorno al peculio castrense. Il diritto di successione intestata subiva conseguenze importanti, quando era regolato dalle 12 tavole sul fondamento dell'agnazione. Per altri effetti di diritto anomalo V. Savigny *System.* § 71-75.

[3] Lib. 1, tit. 16, Inst. § 4

[4] Ibid. § 5.

da particolari qualità fisiche e morali; che influiscono sulla capacità di diritto e di azione.

Fra queste cause possono più specialmente essere notate: la pubblica stima, *existimatio;* la religione; il sesso; l'età; la sanità di mente e di corpo; la cognazione; l'agnazione; l'affinità; la professione; il domicilio.

§ 73. Pubblica stima, *existimatio.* [1]

La pubblica stima, inerente alla qualità di cittadino romano, col pieno godimento delle prerogative e dei diritti proprii del cittadino stesso, chiamavasi *existimatio.*

Non è quindi a confondersi l'*existimatio*, nel senso delle nostre fonti, colla opinione o riputazione che ciascun cittadino poteva godere per utili e commendevoli qualità ch'egli avesse.

Il cittadino romano adunque, di cui fosse illesa la dignità, poteva esercitare tutti i diritti pubblici e privati. *Existimatio est status illesæ dignitatis;* [2] mentre l'infamia è in generale, nel diritto antico, la condizione di coloro che perdono i diritti politici, conservando solo i diritti privati.

Siccome le leggi e le consuetudini su cui fondavano l'*existimatio* non bastavano sempre ai bisogni molteplici della vita, è noto come in Roma vi si supplisse col potere discrezionale, che avevano i censori di infliggere il disonore in diversi gradi, facendosi interpreti della coscienza del popolo. L'effetto della nota censoria era temporaneo. Poteva essere annullato dai censori che succedevano nella carica, da una decisione giudiziaria, o da un decreto del popolo. [3]

Ma una tale considerazione civile poteva essere o scemata o distrutta. *Existimatio aut* MINUITUR *aut* CONSUMITUR. [4] Se *scemata*, perdevansi alcuni particolari diritti; se *distrutta*, erano perduti tutti i diritti proprii del cittadino romano.

[1] Lib. 3, tit. 2, Dig. *De his qui notantur infamia.* - Lib. 2, tit. 12, Cod. *Ex quibus caussis infamia irrogatur.* – Lib. 10, tit. 57. *De infamibus.* I compilatori delle pandette riprodussero intorno a questo punto, pressocchè testualmente l'editto del pretore.

[2] Lib. 50, Dig. tit. 13, fr. 5, § 1.

[3] Questa pena chiamavasi *ignominia censoria, notatio censoria, nota censoris, animadversio censoria, severitatis censoriæ nota.* V. Savigny II, Puchta II.

[4] Lib. 50, tit. 13, Dig. fr. 5, § 1.

Valevano a scemare l'*existimatio* alcune cause legittime, che portavano con sè una *infamia civilis*.

L'*existimatio* era affatto distrutta per la perdita della libertà o della cittadinanza.

Erano cause legittime che portavano con sè una infamia civile alcune professioni disoneste ed alcune azioni delittuose. Quelli che incorrevano in questa infamia dicevansi *infamia notati, infames, quos lex notavit;* e tale infamia è quella che i moderni chiamano *infamia juris*.

Vi erano delle cause, che veramente non erano dalla legge accennate, come portanti infamia, ma per effetto della pubblica opinione la producevano egualmente: per esempio: una condotta sregolata od una professione reputata ignominiosa per la prevalenza del senso morale degli onesti; e questa specie d'infamia è quella che i moderni chiamano *infamia facti*. [1]

Se la considerazione civile di alcune persone era anche soltanto leggermente macchiata, questa leggiera macchia, *levis nota*, aveva con sè alcune conseguenze speciali. In questa classe erano i libertini ed i figli di quelli che davano spettacolo di sè sul teatro.

In quanto all'infamia per cause legittime, è a notarsi una distinzione, che ad onta della forma latina, non appartiene alle fonti. ed è quella di *infamia juris immediata*, come dicono i moderni, e di *infamia juris mediata*.

Ha luogo l'*infamia juris immediata*, quando non occorre una sentenza per incorrere in essa, ma basta un fatto stragiudiziale, notorio, di avere commessa una data azione o abbracciata una professione infamante. *Notantur qui fecerint.*

Sono in questo caso, quelli che danno spettacolo di sè nei teatri, o che locano la propria opera per combattimenti colle fiere nell'anfiteatro; *qui artem ludicram faciunt;* così, *qui lenocinium faciunt:* le donne, *quæ corpore palam, vulgo quæstum faciunt: viri qui muliebria passi sunt:* coloro che, maggiorenni, non rispettassero una transazione liberamente acconsentita e giurata; gli usurai; i bigami; quelli che si vincolano con duplici sponsali: quelli che non rispettassero la

[1] *Licet verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiæ notam.* Lib. 39, tit. 15, Dig. fr. 2.

durata del lutto;[1] il tutore che contraesse nozze colla sua pupilla o che desse la sua pupilla in isposa al proprio figlio; le adultere; i debitori oberati che in luogo di fare la *cessio bonorum* mettessero i creditori nella necessità di invocare la *missio in bona;* infine i soldati, *ab exercitu ignominiæ causa dimissi.*

Ha luogo invece l'*infamia juris mediata*, quando non si incorre in essa, che dopo una sentenza di condanna, o come conseguenza di una pena sofferta. *Notantur qui damnati erint.*

In questo caso trovavansi coloro, che avevano subita una condanna per un delitto pubblico; coloro che avessero commesso un delitto privato di furto, rapina, ingiuria, frode, per cui avessero subita una condanna o fossero addivenuti ad una transazione; quelli che indipendentemente da un delitto, fossero rimasti soccombenti per tradita fiducia in obbligazioni derivanti da rapporti di tutela, di mandato, di deposito di società.

Ora, si dimanda, quali sono gli effetti della *existimatio* distrutta o scemata?

Degli effetti della *capitis deminutio maxima o media*, per cui la considerazione civile era distrutta, non occorre parlarne. Ci riportiamo alle cose esposte.

Se l'estimazione civile si scemava per le *cause legittime* sopraccennate, effetto precipuo era la perdita dei diritti politici, *honores, suffragium;* e colla perdita del *suffragium*, il notato di infamia era escluso da tutte le tribù e relegato negli *aerarii.*

Effetti secondarii erano poi i seguenti. Il notato, siccome infame,

[1] Se una vedova contrae un secondo matrimonio prima della fine del lutto, sono dichiarati infami lo sposo, se *paterfamilias*, suo padre, se egli è *filiusfamilias*, il padre della vedova se è sotto la di lui potestà e se acconsenti alle nozze. L'editto non comprende la vedova; ma l'infamia per lei è una naturale conseguenza di siffatte disposizioni. V. Lib. 3, tit. 2, Dig. fr. 11. La durata del lutto era di dieci mesi: sotto gli imperatori cristiani fu portata a dodici. – In generale il lutto pei parenti più prossimi era nel mondo romano rimesso, come oggidì, alla pietà dei parenti. Però in alcuni casi determinati, era obbligatorio. Abbiamo nel *Recept. sent.* lib. 1, tit. 21, § 13 « *Parentes et filii majores sex annis, anno lugeri possunt; minores mense; maritus decem mensibus et cognati proximioris gradus octo. Qui contra fecerit infamium numero habetur*. E nel successivo § 14 « *Qui luget, abstinere debet a* CONVIVIIS ORNAMENTIS PURPURA ET ALBA VESTE. Alcuni interpreti hanno dubitato dell'esattezza delle espressioni usate in questo passo, ed hanno proposto dei cambiamenti. Altri hanno dubitato persino che un tale passo sia veramente del giureconsulto Paolo, per alcune contraddizioni esistenti fra questo ed i *fragmenta vaticana;* ma non vi ha alcuna certezza che questi frammenti appartengano al giureconsulto Paolo.

non poteva intentare azioni che fossero nell'interesse pubblico, *actiones populares;* [1] non poteva, fuori che in pochi casi di eccezione, rappresentare in giudizio altre persone, *postulare*, non avendo facoltà di essere, nè *cognitor*, nè *procurator*. [2]

Dall'infamia poteva sorgere altresì un impedimento alle nozze con certe persone, come si rileva dalla *lex Julia*, modificata poi da successive costituzioni imperiali, che noi accenneremo altrove.

Un altro effetto riguarderebbe ancora la *querela inofficiosi testamenti*, che poteva essere promossa dai fratelli e sorelle del defunto, quando essi fossero stati esclusi dal testamento, e si fosse nominata in loro vece una persona, di cui la preferenza riuscisse offensiva pei fratelli e sorelle esclusi.

Del resto, questa *querela inofficiosi testamenti* avrebbe potuto essere promossa anche contro coloro, di cui l'infamia fosse non *juris*, ma *facti;* ed altresì contro quelli, la di cui civile considerazione fosse soltanto leggermente macchiata. [3]

È poi inutile osservare, che l'*infamia facti* poteva avere sempre una grande influenza per la non ammissione alle pubbliche cariche; [4] e che dell'*infamia juris et facti* ne dovevano tenere conto i magistrati nell'apprezzare le disposizioni testimoniali, sebbene gli infami in generale non fossero veramente per legge esclusi, *intestabiles*, [5] non es-

[1] *Popularis actio integræ personæ permittitur, hoc est, cui per edictum postulare licet* Lib. 47, tit. 23, Dig. fr. 4.

[2] Il titolo, *de his qui notantur infamia*, nel Digesto, segue immediatamente il titolo, *de postulando*. - *Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt, etiam volentibus adversariis*. Iul. Paul. R. S. Lib. 1, tit. 2. - Cicerone chiama il *procurator, alieni juris vicarius*. - COGNITOR *est qui, litem alterius suscipit coram eo cui datus est*. PROCURATOR *autem, absentis nomine, actor fit*. Gaji IV, § 83. - V. Rudorff R. G. Cap. 1, *Civilrechtspflege* § 17.

[3] Lib. 3, tit. 28, Cod. L. 27. *Consanguinei contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso testamento movere possunt, si scripti heredes* INFAMIÆ vel TURPITUDINIS vel LEVIS NOTÆ *macula adspergantur; vel liberti, qui perperam et non bene mærentes instituti sunt*. - *Probrosis feminis lecticæ usum ademit jusque capiendi legata hereditatesque*. Svet. - V. Lib. 29, tit. 1, Dig. fr. 41, § 1 - lib. 34, tit. 9, fr. 14. - V. Savigny *System*. II. Abbiamo in Giovenale: *Quum leno accipiat moechi bona, si capiendi Jus nullum uxori*.

[4] *Turpi judicio damnati in perpetuum omni honore ac dignitate privantur*. Cic. *p. Clu.* 42. - TAB. HERACL. 109, 123 - Lib. 48, tit. 7, Dig. fr. 1. - Lib. 50, tit. 2, fr. 6, § 3 - Lib. 10, tit. 57, Cod. fr. 1. - Lib. 12, tit. 36, Cod. fr. 3.

[5] *Cum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur*. Lib. 28, tit. 1, Dig. fr. 26. - Lib. 2, tit. 10, Inst. § 6.

sendo contemplata l'incapacità da leggi antiche, che pei rei di certi crimini; [1] e d'altronde, se Giustiniano [2] col raccomandare ai magistrati di non ammettere come testimonii che persone probe e capaci, implicitamente esclude gli infami dalle testimonianze, stà pur sempre che la costituzione di Giustiniano non era fatta in specialità per gli infami, ma altresì per tutti coloro che, sebbene non notati di infamia, si credesse, che non potessero esporre il vero. Del resto pel diritto giustinianeo anche l'esclusione dal *postulare* non è assoluta, ma rimessa al prudente arbitrio del magistrato. [3]

§ 74. **Religione.** [4]

Il politeismo non è intollerante; e tale era la religione dei Greci e dei Romani. I Greci, oltre essere facili ad ammettere gli Dei stranieri, avevano altari persino per gli *Dei sconosciuti*; ed è noto, come l'Apostolo ad Atene prendesse occasione da un epigrafe *all'Iddio ignoto*, che leggevasi ad un altare, per annunziarlo. [5] I Romani pure eransi, in certo modo, dimostrati più difficili ad accordare la cittadinanza agli uomini che non agli Dei stranieri. Solo nelle Gallie e nella Brettagna furono i Romani fieri persecutori della religione dei Druidi, poichè i sacerdoti, avendo il governo della coscienza del popolo, facevano, in questa forma, essi stessi guerra ai Romani. E noi non vorremo chiamare atto di intolleranza il senatoconsulto sui *Baccanali*, poichè, con esso, fu fatta guerra agli abusi ed alla immoralità, più che a riti e credenze. Tanto meno vorremo rimproverare ai Romani le pene contro i sacrileghi, poichè la storia ci dimostra, l'ateismo spin-

[1] *Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod judicii publici causam habuit. Itaque ex eo crimine, quod judicii publici non fuit damnatum infamia non sequetur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quæ etiam in privata judicio infamiam condemnata importat, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum.* Lib. 17, tit. 2, Dig. fr. 56.
Si quis ob carmen famosum damnatur, senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit: ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi testis. Lib. 28, tit. 1, Dig. fr. 18, § 1. - Nei crimini di lesa maestà l'infamia si estendeva ai figli. *Infamia eos paterna semper comitetur.* Lib. 9, tit. 8, Cod. l. 5, § 1. - V. Zimmerm. R. G. I, Schrader, *ad Inst.* Schilling. *Inst.* II, Puchta *Inst.* II, Cfr. Walter R. G. II.

[2] Nov. 90.

[3] V. Burchardi *de infamia.* - Marezoll *über die Burgerliche Ehre*

[4] Lib. 1, tit. 5, 6, 7, 9, 10, 11, Cod. Nov. 37, 109, 129, 131, c. 1, 14, Nov. 132, 144, 146.

[5] V. *Acta Apostol.* c. XVII, 23, Cfr. D. Hieron. *In Epist. divi Pauli.*

gere la Società a decrepitezza e dissoluzione, ed essere la vigoria del sentimento religioso effetto e causa delle forze civili e generose di un popolo.[1]

In origine adunque la diversità di religione non produceva alcuna differenza nella capacità di diritto.

Nei primi tempi dell'impero, anche la *judaica superstitio*, sotto la quale espressione erano compresi pure i cristiani, di cui non era ben noto il culto, non aveva alcuna influenza nei rapporti del diritto.[2]

Ma più innanzi, i Cristiani, ritenuti come ribelli ad ogni diritto politico, perchè la loro religione non era propria di alcuno Stato, e perchè considerati nemici degli Dei, dell'imperatore, delle leggi e consuetudini di Roma, furono crudelmente perseguitati e puniti.[3]

L'imperatore Galerio permise ai cristiani di professare liberamente le proprie opinioni;[4] e Costantino, dopo avere da prima pareggiati il culto degli Dei e quello dei cristiani, finì a concedere a quest'ultimo la prevalenza.[5]

Dall'epoca in cui la religione cristiana fu la religione dello Stato, nel diritto romano, si introdusse il principio di una differenza nella capacità di diritto, per la diversità della religione. Laonde, si distinsero, innanzi tutto, i Cristiani dai non Cristiani. I Cristiani furono distinti: in Ortodossi o cattolici ed in Eterodossi od eretici.[6] I non Cristiani: in Pagani, Apostati ed Ebrei.

I Cristiani eretici, cioè, che non riconoscevano i dogmi dei con-

[1] B. Constant; Herder.

[2] *Iis qui Judaicam superstitionem sequantur, Divi Severus et Antoninus honores adipisci permiserunt, sed et necessitates iis imposuerunt, quæ superstitionem eorum non læderent.* Lib. 50, tit. 2, Dig. fr. 3, § 2.

Mosheim, *De rebus christianorum ante Constantinum Magnum commentarii.* - Krafft *de nascente Christi ecclesia sectæ judaicæ nomine tuta.* - Seidenstucker *De Christianis..... pro cultoribus religionis mosaicæ habitis.*

[3] V. Tertullianus. - V. Fleury *Hist. eccl.* Lib. 4. - Euseb. *Hist. eccl.* - Balduinus *ad edicta veterum princ. roman. de Christianis.* - Plin. *Epistol. ad Trajanum.*

[4] V. Eusebio VIII 17 e Lattanzio, *de morte persec.* 34.

[5] Euseb. *Vita Constantini.* - Balduinus *de lege Constant.* - Gotofred. COD. THEODOS. *de fide Cathol.* - *De paganis sacrif. et templis.*

[6] *Privilegia, quæ, contemplatione religionis, indulta sunt, catholicæ tantum legis observatoribus prodesse oportet. Hereticos non solum ab his privilegiis alienos esse volumus, sed etiam diversis muneribus constringi et subjici.* Lib. 1, tit. 5, Cod. - V. anche tit. 6, 7, 9, 10, 11. - Nov. 37, 109, 129, 131, 132, 144, 146. - Lib. 16, tit. 7, 8, 10, Cod. Theod.

cilii ecumenici, erano ritenuti incapaci di disporre e di ereditare per atto di ultima volontà; e fra gli eretici, i Manichei ed i Donatisti non potevano in qualsivoglia modo acquistare a titolo gratuito; ed erano esclusi dai contratti in generale, dalle azioni, dagli atti civili.[1]

In quanto ai non cristiani, i Pagani erano trattati, ora con maggiore, ora con minor rigore; alcune volte crudelmente perseguitati e puniti;[2] alcune altre, protetti contro le private arbitrarie violenze.[3]

Gli Apostati avevano pure varie restrizioni nella capacità di diritto e più specialmente il divieto di testare, di succedere e di donare.[4]

Gli Ebrei si trovarono invece a migliore condizione di tutti gli altri, essendo regolati dal diritto comune come i Cristiani ortodossi.[5] Però erano vietate le nozze fra Cristiani ed Ebrei.[6] Non potevano inoltre gli Ebrei possedere schiavi cristiani[7] nè deporre in giudizio contro Cristiani.[8]

I progressi della civiltà fecero, solo in questi ultimi tempi, abolire pressochè da tutte le legislazioni d'Europa le più odiose interdizioni; e ne assicurano la cessazione totale.

I Romani, già vincitori del mondo, scomparvero coi popoli antichi, vinti da essi. Solo l'Israelita, mentre ha una storia che incomincia coll'uomo, nelle stesse odiose interdizioni, che durarono per ben diciotto secoli, può fornire le prove, ch'egli è ancora quel popolo

[1] È noto, come i Manichei fossero i segnaci di Manete, cho nel III secolo, riprodusse l'idea dei Magi dolla Persia intorno ai due principii eterni, creatori del mondo, produttore l'uno del bene, l'altro del male. - Cf. Bynkershoek *de religione peregrina*. È pur noto, come i Donatisti non ammettessero l'infallibilità della Chiesa. - Il libro 1, tit. 6 del Codice, *ne sanctum baptisma iteretur*, dimostra altresì cho la setta degli anabattisti non avrebbe già avute le prime origini in Germania, intorno al 1525, ma che il versetto 16, cap. XVI di Marco aveva già servito sino dai primi secoli dell'èra nostra, quale fondamento all'erronea opinione dei ribattezzanti.

Intorno alle varie sette di eretici veggasi la leggo 5 del tit. 5, lib. 1 del Codice.

[2] *Scire se neque ullius rei in imperio nostro fore participes, neque patrimonii mobilis vel immobilis licentiam possidendi habituros, sed omnibus rebus oblatis, in inopiam relinquendos et praeterea competentibus pœnis subiiciendos.* Lib. 1, tit. 11. Cod. L. 10.

[3] Ibid nella legge 6: *Christianis.... demandamus ut..., Paganis non audeant manus inferre religionis auctoritate abusi.*

[4] Lib. 1, tit. 7, cod. L. 4 - Lib. 16, tit. 7, Cod. Theodos. L. 1, 2, 4, 5, 6, 7.

[5] Lib. 16, tit. 8, Cod. Theod. L. 9, 11, 12, 25.

[6] Lib. 1, tit. 9, Cod. L. 6. V. Alciatus. 2. *Parerg.* c. 22 - Menocchio *de arbitr. jud. cas.* 290.

[7] Lib. 1, tit. 10, Cod. L. 1.

[8] Lib. 1, tit. 5, Cod. L. 21.

medesimo, che i Romani credettero di avere compiutamente distrutto.

§ 75. Sesso.

Generalmente, sono stabiliti gli stessi diritti, tanto per le femmine, quanto per i maschi, sì che le disposizioni, espresse nel genere maschile, sono da estendersi anche alle donne. *Verbum hoc: si quis. tam masculos, quam foeminas complectitur.* [1]

Nulladimeno, in vari rapporti di diritto, la condizione delle donne è inferiore a quella degli uomini. *In multis juris nostri articulis deterior est conditio foeminarum, quam masculorum.* [2]

Anticamente, le donne erano in una tutela perpetua, quando non fossero sotto la podestà patria o maritale.

La condizione giuridica delle donne, che aveva già incominciato a migliorare sul finire della repubblica per consuetudini in loro favore che andavano introducendosi, fu dalle leggi avvantaggiata durante gl' imperatori. [3]

Ad ogni modo, rimangono però, in generale, escluse sempre dagli uffici pubblici e civili; non possono fare testimonianza nei testamenti, nè essere tutrici, tranne che dei proprii figli. [4] *Foeminae, ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt.* [5]

[1] Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 1. - *Si ita scriptum esset: filiis meis hosce tutores do, responsum est etiam filiabus tutores datos esse; quod non est ex contrario accipiendum, ut, filiarum nomine, etiam masculi contineantur.* Lib. 31, (de leg. 2.) fr. 45.

[2] Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 9.

[3] Le donne potevano presentarsi esse stesse attrici in giudizio, quando non trovassero difensori ed anche quando *advocatis non deficiebatur, sed impudentia abundabat* Val Max. VIII, 3, 2. - V. L. 1, tit. 16, Dig. fr. 9, § 6. - Lib. 2, tit. 13, Cod. L. 2, 6. Potevano altresì essere chiamate *in jus*, osservati certi riguardi. *In jus vocanti matronam corpus ejus attingere non permiserunt.* Val. Max. II, 1, 5. - V. Lib. 2, tit. 11, Dig. fr. 2, § 4. - Lib. 1, tit. 49, Cod. Lib. 1. - Lib. 2, tit. 59, L. 2, § 1. - Nov. 124. Le donne potevano altresì difendere gli interessi di un terzo, quando in questi interessi vi avessero una parte esse medesime. *Aliena negotia per mulieres non aliter agi possunt, nisi in rem suam et proprium lucrum mandatæ sint eis actiones.* Lib. 2, tit. 13, Cod. L. 4. - Lib. 4, tit. 13, Inst. § 11 - Lib. 49, tit. 5, Dig. fr. 1, § 1. - Lib. 43, tit. 29, fr. 3 § 11. - Lib. 3, tit. 3, Dig. fr. 41. - L. 40, tit. 12, fr. 3, § 1.

[4] Lib. 26, tit. 1, Dig. L. ultima: *nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent* V. Nov. 118 di Giustiniano, Capo V. *Mulieribus etiam nos interdicimus tutelæ subire Officium, nisi mater aut avia fuerit.*

[5] Lib. 50, tit. 17, Dig fr. 2. *Et ideo nec judices esse possunt, nec magistratum gerere.*

Però, in alcuni riguardi, le donne godono anche prerogative, che agli uomini non sono concesse. Esse possono infatti invocare il Senatoconsulto vellejano; ed in certi casi addurre a propria scusa l'ignoranza delle leggi; essere in alcuni delitti più mitemente punite, ed ottenere la legittima pei beni materni, nel caso del crimine di perduellione; legittima, che è negata ai figli maschi. [1]

Nel diritto romano è proposto il quesito: a quale sesso debba appartenere l'ermafrodito? e si risponde: al sesso che è nell'ermafrodito prevalente. *Quæritur, hermaphroditum cui comparamus? Et magis puto ejus sexum aestimandum, qui in eo praevalet.* [2]

§ 76. Età.

Per l'età, si distinguono gli uomini, in maggiori e minori: *majores et minores XXV annis.*

L'uomo è maggiore, senza distinzione di sesso, a venticinque anni. Questa distinzione nell'età fu introdotta dalla *lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium;* donde l'espressione di *aetas legitima* alla maggiorità. [3]

nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere. Lib. 5, tit. 1, Dig. fr. 12, § 2. - Di più: *foeminarum liberos in familia earum non esse, palam est.* Gaji 1, 104, Ulp. VIII - Lib. 1, tit. 11. *Inst.* § 10. - Lib. 50, tit.16, Dig. fr. 196, § 1.

[1] V. G. Dorn-Seiffen *Jus fem. apud Rom.* Spangenberg *Hist. fem. jur.* E Labeulaye *Recherches sur la condition civile et politique de femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours.* Paris, 1843. - C. Fr. Gabba *Della condizione giuridica delle donne.... Studio di legislazione comparata;* Milano 1861. - Böcking § 37. - Keller § 26. - Puchta § 23. - Schilling, § 34.

[2] Vedi Richeri *Univ. civ. et crim. Jurispr.* Lib. 1, tit. 3, § 413. - Lib. 1, tit. 5, Dig. fr. 10. - Nel libro 22, tit. 5 del Digesto al fr. 15, § 1, abbiamo una applicazione della massima succennata. Le donne non possone far testimonianza nei testamenti. *Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit.* - È noto come l'ermafrodismo che si riscontra in tutte le classi dei vegetali (meno nella *diecia*), e in molte classi di animali, sia dalla scienza ritenuto impossibile nell'uomo; e come nell'uome possa essere soltanto di mera apparenza. - Nella favola greca l'ermafrodito era figliu di Mercurio e di Venere e rappresentava l'unione della bellezza e dell'ingegno.

[3] In Cicerone è detta alcune velte, *lex laetoria*, così nel *codex Theod.* Nelle tavole di Eraclea nelle inscrizioni, e nelle monete leggesi comunemente *Plaetoria;* e queste meritano una maggior fede, che non i manoscritti, nei quali è più facile l'errore. Plauto che moriva nell'anno 569 di Roma, ricorda questa legge sotto l'espresssione: *lex quinavicenaria.* È quindi una legge pubblicata intorno alla metà del secolo sesto di Roma. - I venticinque anni costituiscono, in certo modo, il primo quarto della vita, la di cui durata massima è, secondo le fonti romane, di cento anni. V. Savigny *Vom dem Schutz der minderjährigen in R. R. und insbesondere vom Lex Plaetoria.* Opere minori.

I minori di venticinque anni si suddividono, in infanti, impuberi e puberi.

Sono infanti, *infantes*, (qui fari nondum possunt) [1] senza distinzione di sesso, e non avuto riguardo allo sviluppo della parola, quelli, che non hanno compiuti i sette anni.

Sono impuberi, *impuberes*, i maschi dai sette ai quattordici anni; le femmine dai sette ai dodici; *infantia majores*, secondo gli autori moderni.

Sono puberi, *puberes*, *adolescentes*, *adulti*, i maschi dal quattordicesimo, le femmine dal dodicesimo anno in poi. [2]

L' età degli impuberi dicesi *prima aetas;* quella dei puberi, sino alla maggiore età, *secunda aetas.*

Nelle fonti parlasi anche di una pubertà piena, *pubertas plena*, ai diciotto anni, pei maschi, ai quattordici, per le femmine. [3]

Dall'infanzia alla pubertà gli impuberi si suddistinguono, in prossimi all' infanzia e prossimi alla pubertà; e pare debba essere fissato il termine medio, tra l'infanzia e la pubertà, per giudicare se l'impubere sia più prossimo alla pubertà od all'infanzia. [4]

In alcuni rapporti giuridici è considerata anche l'età di sessanta, e di settant' anni.

Gli infanti sono incapaci di conchiudere qualsiasi atto civile. Non è che colla fine dell'infanzia, che comincia una certa capacità d'agire.

[1] Il *mutus* è distinto dall'*infans*, *qui fari non potest*, al Lib. 36, tit. 1, Dig. fr. 65, § 3: *Si quidem eo, quod fari non potest, non magis ea res impedietur, quam in muto pubere volente ecc.* - V. anche Lib. 44, tit. 1, fr. 70. - Lib. 40, tit. 5, fr. 30, § 1. 2, 4. - Lib. 6, tit. 56, Cod. L. 1. - Del resto, nel *fari posse*, i Romani non vogliono accennare soltanto il materiale fenomeno della parola, ma anche una certa capacità per alcuni atti civili. Altrimenti l'infanzia avrebbe potuto avere fine anche prima. E, non potrebbe darsi che i Romani ammettessero una virtù mistica al numero sette, come già l'ammettevano alcuni filosofi greci? - Però abbiamo anche in MACROBIUS *in somn. Scip.* 1, 6, *septimo anno, plene absolvitur integritas loquendi*. - Merill. *Obs* 1, 24. - Gravina, *orig. jur. civ.* - Censor. *de die nat.* 14.

[2] V. Lib. 1, tit. 22, Inst. pr. - *Testamentum facere possunt masculi post completum quartum decimum annum, foeminae post duodecimum.* - Julii Paulli *Recept-Sent* Lib. 3, tit. 4, A. - Lib. 28, tit. 1, Dig, fr. 5. - Il nato al 1° di Gennajo, può testare appena cominciato il 1° Gennajo, giorno anniversario della sua nascita; cioè appena scorsa la sesta ora, che separa il 31 Dicembre dal 1° Gennajo.

[3] Lib. 1, tit. 11, Inst. § 4. - Lib. 1, tit. 7, Dig. fr. 40, § 1. - Lib. 34, tit 1, fr. 14, § 1, - Lib, 42, tit. 1, fr. 57. - Nov. 115, c. 3, § 13.

[4] Alcuni interpreti vogliono abbandonata all'arbitrio del giudice questa determinazione, avuto riguardo allo sviluppo dell'intelligenza. Per essi, un impubere, per esempio, anche ad otto anni, potrebbe essere reputato prossimo alla pubertà. Lib. 3 tit. 19, Inst. § 10. - Lib. 4, tit. 1, Inst. § 18. - Lib. 44, tit. 4, Dig. fr. 4, § 26.

Gli impuberi possono migliorare la loro condizione, non deteriorarla, obbligare gli altri verso sè, non sè verso gli altri: *Meliorem quidem suam conditionem licere iis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutore auctore.* [1] Gli impuberi, *sui juris*, diconsi poi, *pupilli.* [2]

Gli impuberi, prossimi alla pubertà, possono essere imputabili delle azioni dolose, che avessero commesse; non gli impuberi, prossimi all' infanzia.

Alcuni opinano però, che, dallo sviluppo morale ed intellettuale, debbasi, di caso in caso, decidere, se gli imbuberi siano capaci o meno di dolo.

Colla pubertà ossia coll'età nubile [3] vi ha un perfetto uso della ragione, una personalità compiuta. [4] I puberi possono quindi conchiudere atti civili; ma, sino ai venticinque anni, godono di una speciale protezione delle leggi, nelle pene minacciate a coloro che abusassero della loro inesperienza, nel rimedio della restituzione in intiero, quando, in un atto civile, fossero stati danneggiati, e nel potere essere assistiti da un curatore. Non è che alla fine della minore età, che cessano le protezioni ed ogni restrizione all' assoluta capacità d'agire. [5]

[1] Lib. 1, tit. 21, Inst. pr.

[2] Lib. 3, tit. 19, Inst. § 9, 10. - Gaii *comm.* III, § 107, 109. - Lib. 46, tit. 6, Dig. fr. 6. - Lib 44, tit. 7, Dig. fr. 1, § 13. - Il pupillo può anche contrarro sponsali senza l'autorità del tutore. Lib. 23, tit. 1, Dig. fr. 14.

[3] I Sabiniani, *eum esse puberem putant, qui, habitu corporis, pubertatem ostendit, hoc est, qui generare potest.* Gaji I. 196. - *Proculejani autem qui quatuordecim annos explevit; verum Priscus eum... in quem utrumque concurrit et habitus corporis et numerus annorum.* V. Lib. 1, tit. 22, Inst. pr. - Lib 5, tit. 60, Cod. L. 3.

[4] In quanto alla inscrizione dei giovani per la milizia, era questa stabilita al 17. anno; età in cui ordinariamente si abbandonava la toga pretesta per assumere la toga virile. In occasioni gravi, persino alcuni *pretextati* venivano inscritti per il servizio militare. V. Tito Livio XXII 57. - Del resto per assumere la toga virilo, l'età non essendo invariabilmente fissata, era naturale, che, per alcuni venisse anticipata, per altri, protratta l'epoca. Probabilmente, coloro che erano *sui juris* avranno deposta la *bulla aurea*, ed assunta la toga virile colla pubertà, epoca, in cui ottenevano il governo di sè medesimi. Da qui i sinonimi *pubes* e *vesticeps; prætextatus, investis, impubes* V. Rudorff *Vorumundsch.* - Rossbach, *über die Röm. Ehe.* Stuttg. 1853.

[5] La *lex Plætoria* non accordava che una protezione indiretta ai minori di 25 anni, minacciando una procedura criminale a quelli, che usassero frodi coi minori di 25 anni; e fu l'editto del Pretore, che accordò, colla restituzione in intiero, una protezione più efficace. Infine per una legge di M. Aurelio, i minori poterono avere un curatore. Nello stabilire i 25 anni si avrebbe riguardo al *momentum temporis*, cioè l'ora che corrisponde precisamente all'ora della nascita. Lib. 4, tit. 4, Dig. fr. 3, § 3. - Cfr. nota 2. pag. antecedente.

Quando i minori di venticinque anni abbiano però ottenuto dall'imperatore una dispensa dall'età, *venia aetatis*, sono considerati allo stesso livello dei maggiori dei venticinque anni. La dispensa dagli anni può essere concessa ai maschi di buoni costumi, compiuti i venti anni, ed alle femmine, compiuti i diciotto.

Colla dichiarazione di maggiorità si perdono tutte le prerogative, proprie dei minorenni.

La dispensa dagli anni non sarebbe però operativa, quando il minorenne intendesse di procedere alla vendita di beni immobili; ovveramente, l'ottenimento di un diritto fosse stato condizionato dal concedente all'età dei venticinque anni. [1]

All'età di sessant'anni, e non prima, è acconsentita l'arrogazione.

All'età di settant'anni, *senectus*, può il cittadino esimersi dai pubblici uffici, dalla cura, dalla tutela, dal decurionato; [2] *majores LXX annis a tutelis et muneribus personalibus vacant. Sed qui ingressus est septuagesimum annum, nondum egressus, hac vacatione non utetur quia non videtur major esse LXX annis, qui annum agit septuagesimum.* [3]

§ 77. Sanità di mente e di corpo.

Per non essere nello stato normale di salute di corpo e di mente, sono sotto la protezione speciale delle leggi, i furiosi, i mentecatti, gli imbecilli, *furiosi*, *dementes*; che sono privi dell'uso della ragione.

Come tali, è sospesa per essi la capacità di conchiudere atti ci-

[1] Lib. 2, til. 45, Cod.

[2] Per la costituzione di Servio Tullio, i cittadini erano distinti in *juniores e seniores*. I *seniores* erano tali all'età di 46 anni; ed a questa età potevano essere esenti dal servizio militare. In alcune epoche il servizio militare attivo fu esteso però fino ai cinquant'anni. Aul. Gell. X, 28. - Tit. Liv. XLII. - La Lex Julia et Papia Poppaea aveva pure stabilite delle interdizioni per gli uomini celibi dai venticinque ai sessant'anni, e per le donne celibi dai venti ai cinquanta. Ulp. XVI. I. - V. Lib. 5, til. 4, Cod. L. 27 - V. Heineccius. *Tract. ad L. Pap. Pop.*

[3] Lib. 50, til. 6, Dig. fr. 3. - Lib. 1, til. 25, Inst. § 13. - Lib. 27, tit. 1, Dig. fr. 2, pr. - Lib. 50, til. 5, Dig. fr. 1, § 3. fr. 2, § 1, fr. 8, 11. - Lib 10, til. 31, Cod. L. 10. - Savigny III, § 106-11. - Sintenis § 17, Puchta § 23, 50 - Böching *Pand*. 1, Zimmerm. R. G. 1.

vili; ed agisce per loro un curatore, che viene all' uopo assegnato. [1]

Un furioso potrebbe però, nei lucidi intervalli, *dilucida intervalla, remissio furoris, induciae furiosi*, validamente conchiudere un atto civile. [2]

Quelli, che hanno l'uso della ragione, sebbene limitati nell' intelletto; *stulti, fatui, insani*, non godono di alcuna speciale protezione delle leggi. I mentecatti, *mente capti*, ora sono considerati *dementes*, ora *insani* soltanto. [3]

Quello che riguarda i *dementes* e *furiosi* deve estendersi a tutti coloro, che, per qualsivoglia motivo, non abbiano l'uso della ragione, per sonnambulismo, delirio, piena ubbriachezza, epilessia, ecc. [4]

I prodighi giudizialmente interdetti nell'amministrazione della loro sostanza, *prodigi, quibus bonis interdictum est*, sono paragonati ai furiosi. [5] Possono però migliorare la loro condizione, obbligando gli altri verso di sè [6] e rispondono delle proprie azioni dolose. I prodighi non possono fare testamento, [7] nè servire come testimonii testamentarii. [8]

Anche quelli, che hanno alcuni difetti fisici, sono sotto una spe-

[1] Lib. 1, tit. 18, Dig. fr. 14. - Lib. 26, tit. 5, Dig. fr. 8, § 1. - Lib. 27, tit. 10, Dig. fr. 7, § 1. - Lib. 5, tit. 4, Cod. L. 25 - Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 5, 40. - Lib. 3, tit. 19, Inst. § 8. - Lib. 4, tit 38, Cod. L 2. - Lib 23, tit. 1, Dig. fr, 17. - Lib 24, tit. 3 fr. 22, § 7. - Lib. 44, tit, 7, fr. 1, § 12. - Lib. 41, tit. 2, fr. 18, § 1. - V. Rudorff *Vormundschaft*. - Schilling *Inst.* II, Böching, *Pand.* 1.

[2] Lib. 5, tit. 70, Cod. L. 6. - Lib. 6, tit. 22, Cod. L. 9. - Lib. 4, tit. 38, Cod. L. 2. - Lib. 1, tit. 12, Cod. L. 14.

[3] Lib. 1, tit. 23, Inst. § 4. - Lib. 5, tit. 4, Cod. L. 25.

[4] Lib. 42, tit 1, Dig. fr. 60. - Nella stato di piena ubbriachezza, contratta con colpa, sebbeno sia escluso il dolo, rimarrebbe però l'obbligazione al risarcimento dei danni. - *Quæ sobrii cavemus, per ebrietatem ignorantes committimus. Nesciunt quod loquantur qui nimio vino indulgent, jacent sepulti, ideoque si qui per vinum deliquerint, apud sapientes judices venia quidem facta donantur, sed levitatis damnantur auctores. Decr. Gratiani* C. XV, Q. 1.

[5] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 40.

[6] Lib. 46, tit. 2, Dig fr. 3. - Lib. 29, tit. 2, Dig. fr. 5, § 1.

[7] Lib. 2, tit. 2, Inst. § 2. - Lib. 28, tit. 1, Dig. fr. 18. - Lib. 12, tit. 1, Dig. fr. 9 § 7. - Lib. 27, tit. 10, Dig. fr, 10. - Lib. 45, tit. 1, Dig. fr. 6. - Lib. 18, tit. 1, Dig. fr. 26. - Lib. 27, tit. 9, Dig. fr. 11.

[8] *Neque mulier, neque impubes...., nec cui bonis interdictum est, possunt in numero testium adhiberi.* Lib. 2, tit. 10, Inst § 6.

ciale protezione delle leggi, *vitio laborantes*, per esempio, i sordi-muti, i ciechi. [1]

Nel diritto giustinianeo si accennano *i castrati*, pei quali esiste l'impossibilità alla procreazione e gli *spadones*, che ne conservano la speranza, sebbene *virilitate careant*. [2]

Ai castrati sono vietate le nozze e le adozioni.

Agli *spadones* le adozioni sono permesse; e sebbene intorno alle nozze non siavi per loro una esplicita disposizione di legge, non sono però disconosciute, quando abbiano luogo. [3]

Un temporaneo incomodo di salute, che però impedisca di attendere a qualsivoglia occupazione, è detto nelle fonti, *morbus sonticus*. *Morbus sonticus existimandus est qui cujusque rei agendae impedimento est.* [4]

§ 78. Cognazione, Agnazione, Affinità. [5]

Cognazione esprime, in generale, un rapporto proveniente da nascita comune; *connatio*; ma, siccome nelle leggi, cognazione esprime anche un rapporto derivante dall'adozione e dal sacramento di rinnovazione dell'uomo interiore, così distinguesi la cognazione in *na-*

[1] *Verum est* MORBUM *esse temporalem corporis imbecillitatem;* VITIUM *vero perpetuum corporis impedimentum*. Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 101, § 2. - V. anche Lib. 21, tit. 1, Dig fr. 1, § 7. - Ibid. fr. 9 e 14, § 10. - V. Guyot *de jure surdo-mutorum*, Groning. 1824.

[2] Siccome gli *spadones* non raggiungono l'età nubile, nella quale era data facoltà anche di testare, essi non potevano testare che ai diciotto anni, ossia colla piena pubertà. J. Paulli. RECEPTÆ SENTENTIAE. Lib. 3, tit. 4, A § 2. *Spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt id est anno decimo octavo*. Realmente *plerique pubescunt* ai quattordici anni. E perciò se non vi ha errore di copisti nell'età, come alcuni vorrebbero, vi potrebbe essere nel *plerique*. Ad ogni modo, nel codice giustinianeo al Libro 6, tit. 22, L. 4, fu generalmente stabilito: « *Eunuchis liceat facere testamentum, componere postremas exemplo omnium voluntates*. - Possono quindi anche gli eunuchi testare a quattordici anni.

[3] Lib. 23, Dig. fr. 39, § 1. *Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, necue, ut in castrato dicas dotem non esse; in eo, qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est*. - Il matrimonio potrebbe essere annullato a causa di tale impotenza? V. Lib. 5, tit. 17, Cod. L. 10. - Nov. 22, c. 6. - Nov. 117, c. 12. - Thibaut. *System*. § 392.

[4] Lib. 42, tit. 1, fr. 60. - Lib. 50 tit. 16, fr. 13. - Lib. 2, tit. 11, Dig. fr. 2, § 3. - Lib. 5 tit. 1, Dig. fr. 46. - V. Dirksen, *Uebers. der XII Tafelfragm.*

[5] Lib. 3, tit. 6, Inst. - Lib. 38, tit. 10, Dig. Decretum Gratiani, C. XXXV, q. 5.

turale, detta anche *consanguineità*, in cognazione *civile*, o *legale*; in cognazione *spirituale* o *mistica*. [1]

Consanguineità dinota comune vincolo di sangue, e più particolarmente, quel vincolo, che esiste tra persone, che discendono da un comune stipite. *Naturalis cognatio est inter personas, quae a communi stipite descendunt*; ed è un duplice rapporto, che viene compreso nella consanguineità; il rapporto fra quelli che danno l'esistenza, genitori, e quelli che la ricevono, figli; e il rapporto fra le persone, che, senza discendere l'una dall'altra, discendono tuttavia da un prossimo stipite comune; collaterali.

Chiamasi adunque *stipite*, la persona che costituisce la prossima origine comune. [2]

Dicesi *linea*, la serie ordinata delle persone che hanno una comune provenienza; e dicesi *grado*, ogni passo, che si fa nella linea, allontanandosi dallo stipite, ossia la misura della distanza da un consanguineo all'altro.

La linea che comprende le persone originanti ed originate si chiama retta; ed è *ascendentale, superior s. ascendens*, se dai figli si sale ai genitori; e, in caso opposto, *discendentale, inferior s. descendens;* si chiama poi linea *obliqua, traversale* o *collaterale*, quella, che comprende le persone, che non discendono l'una dall'altra, ma che discendono tuttavia da un prossimo stipite comune; *ex latere venientes*; e nel latino moderno *collaterales*. La linea collaterale può essere eguale od ineguale. È *eguale*, se dall'un lato e dall'altro vi ha lo stesso numero di gradi; *ineguale*, se vi ha un maggior numero di gradi da un lato che dall'altro.

Dicesi in fine, *albero genealogico*, la figura che rappresenta, in modo sensibile, le persone consanguinee, nei generali e particolari loro rapporti.

Intorno al modo di computare i gradi di consanguineità nella linea retta, tanti sono i gradi, quante sono le generazioni, per le quali

[1] Per la cognazione spirituale o mistica vi ha impedimento alle nozze tra il padrino e la figlioccia, *nexus, per quem, Deo mediante, animæ eorum copulatæ sunt*. Lib. 5, tit. 4, Cod. L. 26 in fine.

[2] Il vincolo di consanguineità non è dalle leggi riconosciuto che in certi limiti; ed è per ciò, che si accenna ad una PROSSIMA origine comune, per indicare così il punto, sino al quale, la consanguineità è per legge produttiva di effetti.

una persona discende dall'altra, o ciò che torna lo stesso, tanti sono i gradi, quante le persone esistenti sulla linea, meno lo stipite. *In linea recta, tot sunt gradus, quot sunt generationes.* Così il padre è in primo grado col figlio, in secondo col figlio del figlio, in terzo col pronipote ecc.

Nella linea collaterale, il diritto romano segue ancora lo stesso principio, stabilito per la linea retta: tanti sono i gradi, quante le generazioni, ossia, quante le persone sopra ambedue le linee, meno lo stipite. Quindi i fratelli sono, fra loro, in secondo grado, lo zio ed il nipote in terzo; i cugini in quarto; ed in quarto grado, anche il prozio ed il pronipote ecc. [1]

Importa di osservare, che la consanguineità non era in alcuni casi produttiva di effetti giuridici; come in molti riguardi pei figli illegittimi rispetto al padre; *mater semper certa est, etiamsi vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*; [2] e nel diritto antigiustinianeo, anche pei servi fatti liberi, in quanto la consanguineità derivasse dal tempo della schiavitù, perchè i liberti non potevano avere altri parenti che i loro figli, generati dopo ottenuta la libertà. Giustiniano invece stabilì che fosse riconosciuta anche la *servilis cognatio* fra genitori e figli, fratelli e sorelle, che fossero stati manumessi. [3]

I consanguinei assumono diversi nomi secondo i diversi gradi, secondo il sesso degli stessi parenti, e di coloro, pel cui mezzo, si

[1] Il diritto canonico a differenza del diritto romano non riconosce un passo di allontanamento dallo stipite nelle linee collaterali, se non quando è seguita una generazione sopra ambedue; e quindi stabilisce il principio: tanti sono i gradi, quante le generazioni, completate da un lato e dall'altro, cioè, quante sono le persone, numerate sopra una linea sola. E nel caso di linee disuguali si prende a norma dei gradi il numero delle persone sulla linea più lunga, indicandovi però, col vocabolo *misto* o *tangente*, il rapporto che vi passa colla linea più breve. Quindi, a cagione d'esempio, il fratello è in primo grado colla sorella, il cugino in secondo grado colla cugina, il prozio colla pronipote in terzo, *tangente* il primo o *misto* col primo. *In linea aequali, jus civile utrumque latus numeral, jus canonicum unum tantum. – In linea inæquali longissimum.*

[2] Lib. 2, tit. 4, Dig. fr. 5 – *Patrem habere non intelliguntur cum incertus sit: unde solent* SPURII *filii appellari, – quasi sine patre filii.* – I nati dalla concubina, *naturales liberi*, erano, in alcuni riguardi, riconosciuti figli del loro padre; ed anche per gli spurii era un impedimento alle nozze la probabilità di un tale vincolo. *Nec vulgo quæsitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est.* Lib. 23, tit. 2, Dig. fr. 14, § 2.

[3] Lib. 1, tit. 10, Inst. § 10

è costituito il vincolo di sangue; e queste varie denominazioni sono nella lingua latina di una esattezza affatto particolare.

Coloro, dai quali si ripete l'origine, vengono sotto il nome di ascendenti, genitori, maggiori, antenati, *parentes; adscendentes:* quelli che discendono da essi, discendenti, figli, posteri; *liberi; nati; filii; proles; progenies.*

Quelli che hanno comune l'origine da una medesima persona, ma non discendono gli uni dagli altri, vengono sotto il nome di collaterali, *ex transverso cognati.* Tra questi, siccome più prossimi, si distinguono i fratelli e le sorelle, *fratres et sorores.*

I fratelli e sorelle diconsi poi bilaterali, *germani,* se hanno comuni ambidue i genitori; *ex utroque parente conjuncti;* ed unilaterali, *ex uno latere juncti,* se hanno comune solo il padre o la madre. Gli unilaterali che hanno comune la madre, diconsi, più specialmente, fratelli *uterini;* e quelli che hanno comune il padre, sogliònsi chiamare *consanguinei;* ma questa espressione è propria anche dei fratelli e sorelle bilaterali, e che quindi hanno comune il padre ed anche la madre.

I figli, che hanno ancor vivo il padre, si appellano *patrimi;* e quelli che hanno ancora viva la madre, *matrimi.*

I fratelli e le sorelle degli ascendenti sono, in alcuni riguardi, pareggiati agli ascendenti stessi; e poichè ci possono tenere luogo di essi, *parentum loco nobis sunt,* suolsi indicare un tale rapporto, dai moderni, coll'espressione, *respectus parentelae.*

Il fratello del padre dicesi *patruus;* presso i Greci πάτρως; il fratello della madre *avunculus;* presso i Greci μήτρως; e l'uno e l'altro indifferentemente θεῖος; la sorella del padre *amita,* la sorella della madre *matertera;* e l'una e l'altra θεῖα. I fratelli e sorelle degli avi diconsi poi, rispettivamente, *patruus magnus, amita magna, avunculus magnus, matertera magna* ecc.

I figli di fratelli e sorelle diconsi *consobrini;* ma più specialmente *patrueles,* i figli di due fratelli; *amitini,* i figli di un fratello e quelli di una sorella dal lato paterno; e *consobrini* i figli di un fratello e quelli di una sorella dal lato materno.

Anche fatta astrazione di una parentela civile, per adozione, aggiunta alla parentela naturale, due persone possono trovarsi congiunte con più vincoli di consanguineità, cioè, quando più linee si confondono e si intrecciano l'una nell'altra. Ciò avviene, quando

due persone, già parenti fra di loro, procreano un figlio. Questi sarebbe, ad un tempo, parente collaterale di suo padre e di sua madre. Supponiamo, per esempio, che i genitori siano cugini fra di loro, il figlio ha la stessa persona per avo e per ava, tanto dal lato paterno che dal lato materno.

Così pure, se due persone che non siano veramente parenti, fra di loro, ma abbiano un parente comune, procreino un figlio. Per esempio, se il vedovo sposa la sorella della propria moglie defunta, i figli che nascono hanno il medesimo padre, lo stesso avo e la stessa ava materna, come i figli del matrimonio precedente e sono ad un tempo cugini, fratelli e sorelle.

Dalla cognazione naturale si distingue l'agnazione. La cognazione naturale può avere il suo fondamento nella procreazione in legittime nozze, o fuori di legittime nozze; può quindi essere *legittima* o *illegittima*, può aver luogo, tanto per discendenza di maschi, che di femmine.

L'agnazione ha la sua origine nella procreazione in legittime nozze, nella adozione, nella legittimazione.

Essa non ha luogo che per la discendenza dai maschi. È agnato quindi il figlio di mio fratello; e cognato il figlio di mia sorella. E come l'agnazione non esiste che per la podestà patria, e questa non appartiene alle donne, non vi ha vincolo di agnazione fra la madre ed i suoi figli.

L'agnazione è adunque un vincolo civile che unisce fra di loro tutti i membri di una stessa famiglia romana, finchè formano parte di essa.

Sono perciò agnati quelli che sono soggetti alla medesima potestà patria, o furono soggetti ad essa fino alla morte del *paterfamilias* o vi sarebbero soggetti, se il padre comune non fosse mancato ai vivi. In senso rigoroso, solo i maschi sono tenuti per agnati; ma in ampio senso l'agnazione si estende anche alle donne, vincolo, per altro, che esse non possono trasmettere ai loro figli. *Mulier familiae suae, et caput et finis est.* [1]

[1] Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 195, § 5 e fr. 196, §. 1. - È evidente, come i figli illegittimi non possano avere agnati, non avendo giuridicamente nè padre, nè parenti dal lato paterno; essi non sono che parenti della loro madre e dei parenti di essa; *quia mater semper certa est, etiamsi vulgo conceperit, pater est quem nuptiæ demonstrant.* - Lib. 2, tit. 4, Dig. fr. 5 - Gaius I, 64.

Nel diritto antico non erano che gli agnati che succedevano *ab intestato*, e che potevano essere tutori legittimi; ma leggi posteriori fecero prevalere la cognazione naturale all'agnazione.

L'agnazione, sia poi naturale o civile, si estingue per una *capitis deminutio*. Laonde anche il figlio emancipato cessa di essere agnato del proprio padre, dei proprii fratelli e sorelle; ma non sono distrutti, per ciò, i vincoli della cognazione naturale, ossia della consanguineità. Ordinariamente la consanguineità cessa di produrre i suoi effetti legali al sesto grado. L'agnazione invece non aveva limiti, essa era operativa *in infinitum*. [1]

L'affinità è un vincolo che esiste fra i due conjugi, e fra un conjuge ed i parenti più prossimi dell'altro conjuge. *Est necessitudo inter unum conjugem et alterius familiam.*

Essa ha il suo fondamento in quella unità che dal matrimonio è costituita pei due conjugi.

Del resto, come il conjuge non è parente dell'altro conjuge, ma solo il di lui più prossimo affine, così nessun vincolo nasce fra i parenti di un conjuge ed i parenti dell'altro conjuge. *Affinitas non parit affinitatem.*

Propriamente parlando, l'affinità, che si costituisce dalle nozze e non dalla generazione, non potrebbe avere gradi; *gradus affinitatis nulli sunt*; [2] ma, per l'idea dell'unità dei conjugi, si è stabilito, che, in quel grado, in cui l'uno dei conjugi trovasi coi proprii consanguinei, l'altro conjuge sia affine con questi consanguinei; ed è perciò che il giureconsulto Paolo diceva: *jurisconsultus cognatorum gradus et affinium nosse debet.* [3]

Gli affini più prossimi si chiamano, suocero e suocera; *socer, socrus;* genero e nuora; *gener, nurus;* patrigno e matrigna; *vitricus, noverca*; figliastro e figliastra; *privignus, privigna.* Il fratello del marito chiamasi *levir;* la sorella del marito e la moglie del fratello, *glos.*

L'affinità dura soltanto finchè dura il matrimonio, che ne è la causa. Alcuni effetti non incominciano, per altro, che collo scioglimento dell'affinità; tali sarebbero per l'impedimento al matrimonio. E infatti, finchè il primo matrimonio sussiste, l'affinità non è per sè

[1] V. Lib. 3, tit. 5, Inst. § 5.
[2] Lib. 38, til. 10, Dig. fr. 4 § 5.
[3] Ibid. fr. 10

operativa, essendo già impossibile, per gli sposi, un nuovo matrimonio, a motivo dell'esistente vincolo matrimoniale; ed è solo col cessare dell'affinità, sciogliendosi il primo matrimonio, che sono vietate le nozze fra alcune delle persone che prima erano affini. Del resto è inutile osservare, che non vi ha affinità fra l'uno degli sposi e quelli che divengono parenti dell'altro dopo lo scioglimento del matrimonio.

Come il matrimonio è il fondamento dell'affinità, gli sponsali formano un vincolo, che, sotto alcuni riguardi, è pareggiato al vincolo dell'affinità. Laonde sono vietate le nozze tra il padre e la fidanzata del figlio; tra il figlio e la fidanzata del padre; tra il padrigno e la vedova del figliastro, e tra il figliastro e la vedova del padrigno; fra il marito e la figlia che la di lui moglie, dopo lo scioglimento del matrimonio, ebbe da un altro. [1]

§ 79. Professione.

Alcune professioni sono favorite da speciali privilegi.

Notiamo, innanzi tutto, nei rapporti del diritto storico, che i Latini, occupati nei trasporti e nei commerci di grani, potevano ottenere per questi la cittadinanza romana. [2]

Privilegi, ora più, ora meno importanti, favorivano quelli che professavano arti liberali; i medici, gli avvocati, i grammatici, gli oratori

Nei rapporti di diritto privato, più specialmente, ci si presentano come privilegiati i vescovi, i chierici, i monaci [3] ed i militari, *milites*, in confronto dei non militari, che vengono sotto il nome di *pagani* o *privati*; [4] e ci si presenta pure siccome trattata con maggiore indulgenza la *rusticitas*.

[1] Lib. 1, tit. 10, Inst. § 9. - Lib, 23, tit. 2, Dig. fr. 15. - Lib. 1, tit. 9, Cod. L. 6.

[2] Ulp. *Fragm.* tit. 3, § 1.

[3] Anche i Sacerdoti pagani godevano già molti privilegi. Gaii *comm.* 1, § 130, 144. - III, § 114. - Ulp. *Fragm.* tit. X § 5. - Dei privilegi dei sacerdoti cristiani V. Lib. 1, tit. 3, Cod. L. 1, 2, 6, 7, 8, 16, 17, 21, 34. - Nov. 81, 83, 123; e pei monaci e le monache, V. Lib. 1, tit. 3, Cod. L. 9, 21, § 2, 33. - Nov. 79, c. 1, 4.

[4] Lib. 2, tit. 11, Inst. § 1. - Lib. 2 tit. 12, Inst. pr. - Lib. 29, tit. 1, Dig. fr. 1. - Lib. 37, tit. 13, Dig. fr. un. - Lib. 49, tit. 16, 17. - Lib. 2, tit. 51, 52. - Cod. Lib. 6, tit. 21, - Cod. Lib. 12, tit. 31, 48, 58, 63.

§ 80. Domicilio.

La capacità di diritto di una persona può essere determinata dall'origine o nazionalità di essa [1] e dal territorio, in cui la persona ha fissato la stabile sua residenza; [2] e per un principio, oramai generalmente riconosciuto, la capacità stessa di diritto è determinata, in via generale dal domicilio, *domicilium*; e in via suppletoria, dalla origine, *origo*. [3]

Per domicilio intendesi il luogo in cui taluno pose la sua sede col divisamento di dimorarvi stabilmente, finchè particolari motivi non lo obbligano a mutarlo. *In eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde quum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari jam destitit* [4]. Risulta da questa idea che vi può essere taluno senza un domicilio fisso, ed è quegli, che, in diritto, dicesi vagabondo; che non è a confondersi il domicilio colla semplice dimora in un luogo; in altri termini, che una temporanea assenza dal luogo di domicilio non toglie il domicilio; che il proposito attuale di dimorare stabil-

[1] A determinare l'*origo* si ha riguardo, nella nascita da nozze legittime, al diritto di cittadinanza, proprio del padre, a meno che non goda un privilegio l'origine della madre; per esempio, se la madre era d'Ilio, il figlio consideravasi municipale trojano, per le origini di Roma dalla grande città pelasga. Pei figli naturali si ha riguardo al diritto di cittadinanza proprio della madre. *Filius civitatem, ex qua pater ejus naturalem originem ducit, non domicilium sequitur.* Lib. 50, tit. 1, fr. 6, § 1. *Eius, qui justum patrem non habet, prima origo a matre, eoque die, quo ex ea editus est, numerari debet. Ib.* fr. 9. *Est autem originis locus, in quo quis natus est, aut nasci debuit, licet forte reipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente.* Voet *ad Pand.*

[2] CIVES *origo, manumissio, alectio vel adoptio,* INCOLAS *vero domicilium facit.* Lib 10, tit. 39, Cod. L. 7.

[3] *Provinciales eos accipere debemus, qui in provincia* DOMICILIUM *habent, non eos, qui* IN PROVINCIA ORIUNDI SUNT. Lib. 50, tit. 16, Dig. fr 190. Questo principio non era però di una generale applicazione. Ad ogni modo le teorie romane intorno al *domicilium* sono ancora, in generale, di diritto odierno; non così quelle intorno all'*origo*, che avevano uno speciale fondamento nelle costituzioni municipali del mondo romano. V. Savigny *Geschichte des R. R. im Mittelalter.* Id. *System.* § 50, 59.

[4] Lib. 10, tit. 39, Cod. L. 7. - Vedi anche Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 203. - I Lari di una casa erano i *buoni defunti* che, per la pietà dei superstiti, si veneravano quali eroi, quali beati spiriti, sino al capo stipite della famiglia, il *Lare famigliare*. E in fatti, *manis*, nell'antico latino, equivale a *bonus*, di cui è rimasto il negativo, *immanis*, che significa tuttodì cru-

mente in un luogo può essere mutato per una sopravvenuta volontà di cambiare residenza; e finalmente, che la residenza in un luogo, non accompagnata dal divisamento di dimorare in quel luogo stabilmente, non costituisce ancora il domicilio. Tale è, per esempio, il soggiorno degli studenti in una città, ove percorrono i loro studi. Infatti, anche per una legge dell' imperatore Adriano, il soggiorno doveva essere di dieci anni almeno, perchè vi fosse il fondamento alla presunta volontà di uno stabile domicilio. Un possesso di beni immobili non è una condizione necessaria per il domicilio, come per sè sola non basta a stabilirlo. *Sola domus possessio domicilium non facit.* [1] Così pure, non basterebbe a stabilire il domicilio una semplice dichiarazione di volontà di dimorare stabilmente in un luogo, non accompagnata dal fatto dell' abitazione. *Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione.* [2]

Ora il domicilio è *volontario*, ora è *necessario*.

È *volontario*, quando la scelta di esso dipende dalla libera nostra volontà.

È *necessario*, quando taluno sia costretto a prendere un domicilio determinato. Hanno un domicilio necessario i pubblici funzionari ed i soldati ove servono; *ubi merent*; i relegati nel luogo ad essi fissato. [3]

Pei rapporti esistenti fra alcune persone, il domicilio dell' una è determinato dal domicilio dell'altra. Così, la donna maritata ha necessariamente lo stesso domicilio che il di lei marito; e la vedova conserva un tale domicilo, finchè non se ne costituisce essa stessa un nuovo, o finchè non passa a seconde nozze. Così i figli legittimi.

dele, fiero; e *Lar* nome etrusco, corrisponde a signore, ad eroe. Dai Lari domestici erano distinti i Lari pubblici. I Lari domestici, a somiglianza dei Penati, formavano l' elemento religioso della famiglia romana. Le immagini degli antenati erano collocate in un luogo distinto; donde i *Lararia;* e nelle feste di famiglia, ornavansi tali immagini di ghirlande votive. Era quindi naturale, che si considerasse siccome un miserabile, l' uomo *sine laribus*, e si riguardasse siccome vero domicilio il luogo, in cui si aveva il Larario. V. Hempel *de diis Laribus*. - Müller *de diis Romanorum Laribus et Penatibus*. - Schoemann *de diis Manibus Laribus et Geniis*. - Hertzberg *de diis Romanorum patriis*, *sive de Larum atque Penatium, tam publicorum, quam privatorum religione et cultu*. - Nei Penati erano annoverati Dei superiori, come Giove e Vesta. - I Lari erano però compresi tra i Penati. Cic. *de nat. Deorum*, II, 27. - Tit. Liv. XLV, 16. - Si vuole che *Penates* derivi da *penitus*, interno, intimo; donde al *Sacrarium*, *Penetralia*.

[1] Lib. 50, tit. 1, Dig. fr. 17, § 13.

[2] Lib. 50, tit. 1, Dig. fr. 20.

[3] Lib. 50, tit. 1, fr. 23, § 1. - fr. 22, § 3.

sotto la podestà patria, hanno il domicilio del proprio padre, finchè, col di lui consenso, non si abbiano costituito un domicilio diverso; e gli illegittimi, quello della propria madre. [1]

Erasi dubitato se una stessa persona potesse avere più domicilii; e in vero, l'idea sovra esposta del domicilio parrebbe escluderne il caso. Ma fu in fine ammesso, che, quando taluno abitasse, alternativamente, in due città diverse, nelle quali tenesse pure un distinto centro di affari, si potesse considerare, siccome avente due domicilii. [2]

Rispetto al suo domicilio l'uomo o è *presente*, o è *assente*. Assente è colui che non trovasi nel luogo del suo domicilio.

L'assenza può essere pure *necessaria* o *volontaria*. Il motivo dell'assenza può essere buono, cattivo o indifferente; d'onde la distinzione dell'assenza, in lodevole, disonorante, e irreprensibile.

Rispetto alla prescrizione, le parti diconsi *presenti*, quando ambedue abbiano il loro domicilio nella medesima provincia; ed *assenti*, quando siano esse domiciliate in provincie diverse. [3]

Inerenti alla cittadinanza, *origo*, e al domicilio, erano, innanzi tutto, gli uffizii e carichi municipali, *publica munera*.

La giurisdizione è pure determinata dall'origine e dal domicilio. [4] Ciascuno può quindi essere convenuto innanzi ai magistrati della città, in cui abbia la cittadinanza, o il domicilio, *apud quos incola est*, *apud quos civis erit;* sebbene in generale prevalga il *forum domicilii* al *forum originis.*

Finalmente, all'origine e al domicilio si riferisce il diritto da applicarsi, di cui abbiamo già fatto un cenno, parlando della estensione delle leggi in generale. [5]

[1] Per le persone giuridiche, il più delle volte, il domicilio è evidente, come pei municipii, per le chiese, ecc. - Per le associazioni volontarie il domicilio è, d'ordinario, stabilito nell'atto di costituzione; altrimenti si riterrebbe ove è il centro dell'associazione.

[2] E inutile osservare, che il caso più comune è quello di chi ha il diritto di cittadinanza in un solo municipio e di chi ha un unico domicilio.

[3] Lib. 7, tit. 33. Cod. L. 12, - Lib. 7, tit. 31, Cod. L. un. - Nov. 119. c. 7.

[4] Il *forum originis* si prende in una duplice significazione. *a)* Per tutti gli abitanti dei municipii italici, Roma era considerata *patria communis*; era perciò anche foro per tutti competente; e ciò, per finzione giuridica, ebbe effetto anche durante l'impero. Lib. 50, tit. 1, Dig. fr. 33. - *b)* Così, chi prende l'incolato in un luogo, diverso da quello in cui egli è cittadino, può essere chiamato ancora in giudizio nella sua antica patria. Lib. 50, tit. 1, Dig. fr. 29.

[5] V. retro § 32.

LIBRO TERZO

Delle cose

Titolo i.

DIVISIONE DELLE COSE, CONSIDERATE SECONDO LE LORO QUALITA'

§ 81. Nozione delle cose.

Dopo avere esposte le idee generali intorno alle persone, veniamo ora a parlare delle cose. *Superiore libro de jure personarum exposuimus, modo videamus de rebus.* [1]

Sono cose gli oggetti tutti che esistono nella natura. Il diritto poi si occupa delle cose, nel riguardo dei vantaggi, che esse recano agli uomini.

Sotto l'espressione, cosa, intendesi adunque tutto ciò, che può essere oggetto di diritto, quindi anche le azioni dell'uomo.

Gli oggetti del diritto possono essere fisici, o di mera creazione giuridica. E, come in diritto, un complesso di cose può essere elevato a persona giuridica, così l'uomo può invece essere ritenuto allo stesso livello delle cose, come avviene degli schiavi, che sono soggetti alla *dominica potestas*.

Le cose, che taluno realmente possiede, diconsi più specialmente beni, *bona, pecunia.* [2]

[1] Lib. 2, tit. 1, Inst. Pr.

[2] I Romani dicono i beni anche *facultates;* come i Francesi gli indicano colla parola *moyens* ed i Tedeschi con espressione ancora più energica *Vermögen.*

§ 82. Cose corporali ed incorporali.

Sono cose *corporali* quelle, che cadono sotto i sensi; *incorporali*, quelle che non cadono sotto i sensi; *corporales sunt, quae tangi possunt; incorporales, quae tangi non possunt.* [1]

Le cose corporali hanno una esistenza reale; *veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum*, ecc.

Le incorporali sono cose di creazione giuridica, *res, quae intelliguntur*. Esse consistono in un diritto; *in jure consistunt, sicut, hæreditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractæ.* [2]

Un diritto, comunque abbia per oggetto cose materiali, non cessa di essere cosa, per sè incorporale. È incorporale il *jus utendi et fruendi*, sebbene siano materiali i frutti, *qui ex fundo percipiuntur.*

Il dominio non figura presso i Romani fra le cose incorporali. Essi, per così dire, lo materializzano nell' oggetto. Quindi in luogo della formola: *ajo meum esse jus dominii*, usano: *hanc ego rem meam esse ajo.* [3]

§ 83. Cose mobili ed immobili.

Le cose corporali si distinguono in cose mobili, *res mobiles* ed in cose immobili, *res immobiles, res soli.*

Le cose mobili sono quelle, che possono essere trasportate da un luogo all' altro, senza che ne siano alterate la forma e la sostanza. Se le cose si muovono, per forza propria, come gli enti animati, diconsi allora *res semoventes*, o *sese moventes.* [4]

[1] Lib. 2, tit. 2, Inst. § 1. - *Tangere* comprende il tatto e la vista. L'occhio è pareggiato dai Romani ad una *longa manus*. - Meister *De philosophia juriscons. Rom. stoica in doctrina de corporibus eorumque partibus.*

[2] Lib. 2, tit. 2. Inst. § 2. - Alcuni giureconsulti, fra le cose incorporali, comprendono i generi e le quantità, *genera et quantitates* V. Heimberger; Muhlenbruch.

[3] Ch. Giraud *Rech. sur le droit de propriété chez les Rom.* - E. Pagenstecher, *Die Rom Lehre vom Eigenthum.* - Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*. Cic. *in Verrem* II, 2, 12, Gaji *comm.* 1, § 54; II § 40, 196. Ulp fr. 1, 16, 23.

[4] Lib. 7, tit. 37, Cod. L. 2, 3. - Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 93.

Le cose immobili sono quelle, che, per loro natura, non possono essere trasportate da un luogo all' altro, *prædia rustica, fundi;* o che non possono altrimenti trasportarsi, che con alterazione della sostanza, *praedia urbana, aedificia.* [1]

Alcune cose, sebbene mobili, per loro natura, sono poi considerate immobili, nei rapporti giuridici, o per l' oggetto, a cui si riferiscono, o per la destinazione del proprietario, *vincta fixaque.* Tali cose non sarebbero *naturaliter* immobili, ma immobili *civiliter*, ossia *juris intellectu.*

Si richiede però, che siffatte cose siano talmente inerenti ad una cosa immobile, da formare parte di essa; *fructus pendentes pars fundi videntur,* [2] o che servano all'uso perpetuo di una cosa immobile; *quæ perpetui usus causa in ædificio sunt, ædificii esse.* Tali sono le cose, che non possono staccarsi senza rottura o deterioramento, o senza rompere o guastare la parte del fondo, a cui sono aderenti; per esempio, le statue, se collocate in una nicchia, formata per esse espressamente, o se fanno parte di un edifizio, essendovi unite nel modo sopraccennato.

I frutti della terra e degli alberi divengono mobili, a misura che sono raccolti o separati dal suolo; così, i tagli della selva cedua e degli alberi d' alto fusto, in proporzione ed a misura che le piante sono atterrate. Dicasi lo stesso delle costruzioni, non più aderenti al fondo, su cui erano. Questi oggetti erano detti allora dai Romani, *ruta cæsa.* [3]

Le cose incorporali non sono nè cose mobili, nè cose immobili; e la legge romana non attribuisce ad esse, giuridicamente, nè l'uno, nè l' altro di questi caratteri. Però le cose incorporali fanno, in certo modo, parte delle cose immobili, quando siano ad esse inerenti,

[1] *Prædium, generale nomen est, et ager et possessio hujus appellationis species sunt.* - Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 115. - FUNDI *appellatione omne ædificium et omnis ager continetur, sed in usu urbana ædificia,* AEDES; *rustica,* VILLÆ *dicuntur.* - *Locus vero sine ædificio in urbe,* AREA, *rure autem* AGER *appellatur. Idemque ager cum ædificio* FUNDUS *dicitur.* Lib. 50, tit 16, Dig. fr. 211.

[2] Lib. 6, tit. 1, Dig. fr. 44 - Un terreno senza edificio dicesi anche *solum:* qualche volta *solum* è però anche sinonimo di *fundus.* Lib. 42, tit. 1, Dig. fr. 17, § 2. - Lib. 43, tit 16, Dig. fr. 1, § 3.

[3] *In rutis cæsis ea sunt, quæ terra non tenentur, quæque opere structili tectoriove non tenentur.* Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 241.

tali sarebbero, per esempio, i diritti dei fondi urbani e rustici: *jura prædiorum, quæ servitutes vocantur.*

§ 84. Cose divisibili ed indivisibili.

Una cosa corporale è *fisicamente* divisibile, quando, senza distruggerla intieramente, di essa si possono fare tante parti, ciascuna delle quali, dopo la divisione, formi un tutto particolare e indipendente. Le parti distinte di una cosa, in tal modo divisa, diconsi *partes certæ*; e quelli che possiedono le parti, dicesi, che possiedono *pro diviso.*

Una cosa è divisibile, *giuridicamente*, fatta astrazione se sia o no possibile una divisione fisica, quando più persone la possiedono in comune, cioè in parti intellettuali, che diconsi *partes incertæ.* Tali persone possiedono allora la cosa *pro indiviso.* [1] *Intellectu magis partes habent, quam corpore.*

Una cosa è *giuridicamente* indivisibile, *individua*, quando in diritto, non può concepirsi l'idea di una parte di essa: tali sarebbero i diritti di libertà, di cittadinanza, di famiglia, le ipoteche, le servitù. Tra le servitù ammette però una divisione l'usufrutto. [2]

§ 85. Cose che si consumano coll' uso e non si consumano.

Vi sono delle cose, delle quali, fattone l'uso ordinario, non è più possibile la restituzione nella loro identità, per essersi, nell'uso, consumate; e vi sono delle cose, di cui se ne può far l'uso ordinario, e restituirsi poi la stessa cosa ricevuta.

La consumazione può essere di due specie, naturale e civile. Sarebbe consumazione naturale, quella, che ha luogo, in via d'esempio, per il frumento, per l'olio, per il vino; perchè, quando di tali cose se ne faccia l'uso ordinario, naturalmente si distruggono; sarebbe consumazione civile, quella del denaro, poichè, nell'uso ordinario, si spende; ed è, in certo modo, consumato, per chi lo ha speso. Da qui la distinzione tra il comodato o imprestito ad uso, in cui si

[1] Lib. 45, tit. 3, Dig. fr. 5. - Lib. 6, tit. 1, Dig. fr. 8. - Lib. 8, tit. 4, Dig. fr. 6, § 1. - Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 25, § 1.
[2] Lib. 8, tit. 1, Dig. fr. 17.

deve restituire la stessa cosa ricevuta, e il mutuo o imprestito di consumazione, in cui si restituisce altrettanto del medesimo genere e qualità delle cose ricevute.

§ 86. Cose apprezzabili in commercio a peso, numero e misura, e non così apprezzabili.

Vi sono delle cose, nelle quali non si ha riguardo ad una determinata specie, *species*, ma soltanto alla quantità e qualità di un determinato genere, *genus*. [1] Una moneta d'oro equivale ad un'altra simile moneta dello stesso valore; un moggio di frumento di una certa qualità equivale ad un altro moggio di frumento della qualità stessa. Queste cose, apprezzate a peso, numero e misura, *quæ, pondere, numero, mensura constant*, furono dette dagli interpreti, *res fungibiles*, perchè le une possono fare le veci delle altre; e furono poi dette *res non fungibiles* le cose che hanno un valore determinato nella loro individualità, come, per esempio, una tale casa, un tal cavallo, ecc.

Non bisogna però confondere le cose, che si consumano coll'uso, colle cose fungibili; sebbene, d'ordinario, le cose consumabili siano, in fatto, fungibili.

Per sè, le voci, cose *fungibili* e cose non *fungibili, res fungibiles, res non fungibiles,* non appartengono, nè alla lingua delle nostre fonti, nè alla lingua italiana. Queste voci non furono introdotte, che dagli interpreti del secolo XVI. [2] Essi adottarono queste espressioni, per enunciare le due specie di cose, accennate da Paolo nella legge seconda, paragrafo primo del digesto, al titolo *de rebus creditis. Mutui datio consistit in his rebus, quæ pondere, numero, mensura consistunt; quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo* FUNCTIONEM RECIPIUNT *per solutionem magis, quam spe-*

[1] Per genere, *genus*, i giureconsulti intendono ciò che dai filosofi si dice specie, come un cavallo, un fondo, una casa, ecc; e per specie, *species*, intendono i giureconsulti ciò che i filosofi sogliono chiamare individuo, come il tal cavallo, il tal fondo. Per quantità i giureconsulti intendono il genere definito dal numero, come cento moggia di frumento, dieci urne di olio, ecc.

[2] Fu Ulrico Zazio il primo ad introdurre la voce, *fungibilis?* A lui si riportano, riguardo all'uso di questo vocabolo, il Calvino nel *Lexicon juridicum* e Tobia Nonio, nelle *Interpretationes in nonnullos Institutionum titulos.*

ciem; nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest. [1] Fungibili si dissero quindi le cose, che possono essere date a mutuo, perchè tali cose consumandosi immediatamente coll' uso, non possono essere restituite nel loro individuo, ma soltanto nel loro genere, per cui le une cose fanno le veci delle altre; e si dissero non fungibili le cose di cui non può avere luogo la sostituzione. Ma l' idea della *consumazione* non è veramente essenziale all' idea della cosa fungibile; così pure, non sempre sono fungibili le cose, *quæ, numero, pondere, mensura consistunt.* Più esemplari di un' opera della stessa edizione possono essere fungibili, sebbene, coll' uso, immediatamente non si consumino. [2] Ed all' opposto, sarebbe non fungibile il vino legato, *quod est in apothecis,* ovveramente *pecunia, quæ in arca est.* [3] Di più, fungibile può essere anche una cosa immobile, come se, per esempio, fosse legata una casa in genere, o fossero legati tanti jugeri di terra, in un dato territorio. Il lavoro di un uomo può essere altresì fra le cose fungibili, o tra le cose non fungibili. Non sarà tra le cose fungibili il lavoro di un pittore distinto; può essere invece tra le cose fungibili il lavoro di un giornaliere qualunque. *Fungibile* è adunque quella cosa, che è riguardata nel *genere*, sia poi mobile o immobile, si consumi o non si consumi coll' uso; [4] e, *non fungibile* è quella che si considera nella *specie*, ossia nell' individuo. [5]

In altri termini, la *fungibilità* è l' attitudine di una cosa ad essere sostituita per mezzo di un' altra; e dipende dai vari rapporti giuridici la determinazione, che una cosa sia fungibile o non fungibile. È invece la stessa natura delle cose, che determina, se coll'uso siano o no consumabili. Non possiamo, per altro, dispensarci dal notare, che molti interpreti usarono, siccome sinonimi, i vocaboli, cose fungibili e cose consumabili, e che questa nozione è stata pure accolta in alcuni codici moderni.

[1] Lib. 12, tit. 1, Dig. fr. 2, § 1.

[2] Un esemplare che sia il ricordo di un amico cessa di essere, per noi, una cosa fungibile.

[3] *Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses, utereris, prius quam utaris, depositi teneberis.* Lib. 16, tit. 3, Dig. fr. 1, § 34.

[4] Lib. 12, tit. 1, Dig. fr. 2, § 1.

[5] Lib. 45, tit. 1, Dig. fr. 54. - Lib. 30, fr. 30, § 6.

§ 87. Cose singolari ed universalità di cose.

Diconsi cose singolari, *res singulae, res singulares*, una o più cose individuali, considerate in sè medesime, e come tali.

Dicesi invece universalità di cose, *universitas rerum*, l' unione di più cose individuali, distinte le une dalle altre, che, nel rapporto giuridico, possono considerarsi come un tutto; *corpus, quod ex distantibus constat.* [1]

Le cose singole possono essere semplici, se constano di parti della medesima specie e della stessa natura, unite insieme, *corpus unitum, quod uno spiritu continetur*, per esempio, un animale, una pietra. Le cose singole possono essere composte; se il tutto consta di parti diverse, *corpus connexum*, per esempio, una casa, una nave; *corpus, quod ex cohærentibus constat.* [2]

L'universitas rerum è dagli interpreti distinta, sebbene questa distinzione non sia nelle fonti, in *universitas facti* e *universitas juris.*

Si ravvisa *l' universitas facti*, ovvero *hominis*, nell'insieme di cose corporali della medesima specie, formanti un tutto, per esempio, un magazzino di merci. [3]

Si ha *l' universitas juris* nell'unione di cose di differenti specie, siano corporali o incorporali, e che, prese insieme, formano l'intiera facoltà di un individuo, per esempio, una eredità, un peculio. [4]

All' *universitas juris* si applica la massima: *res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei;* cioè, tutto ciò, che si acquista per mezzo delle cose, formanti l' *universitas*, o le sostituisce, appartiene all' *universitas rerum*, e può essere reclamato da quello, che ha diritto all' *universitas* stessa; ma una tale massima non si applica sempre all' *universitas juris;* poichè dovrebbe l' *universitas juris* essere l' oggetto di una successione universale e non di una successione par-

[1] Lib. 6, tit. 1, Dig. fr. 23, § 5. - Lib. 41, tit. 3, Dig. fr. 30.

[2] Lib. 43, tit. 24, Dig. fr. 8.

[3] *Quoties gregis, vel armenti, vel equitii, idest universitatis legatus est.* Lib. 7, tit, 1 Dig. fr. 70, § 3. - Lib. 2, tit. 20, Inst. § 18. - Lib. 20, tit. 1, Dig. fr. 34.

[4] Lib. 2, tit. 9, Inst. § 6. - Lib. 43, tit. 2, Dig. fr. 1, § 1. - *Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam... demonstrat.* Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 208.

ticolare, [1] per essere applicabile la detta massima. D'altronde, vi ha qualche caso, in cui è invece applicabile anche all' *universitas facti*, come sarebbe, quando fosse dato in ipoteca un magazzino di merci. [2]

§ 88. Cose principali ed accessorie.

Cosa principale, *res principalis*, è quella, che sussiste da sè e per sè medesima, indipendentemente da altre.

Cosa accessoria, *res accessoria*, è quella, che appartiene alla cosa principale, od è congiunta ad essa.

Alle cose accessorie appartiene tutto ciò, che si comprende sotto le espressioni, *omnis causa; causa rei;* e le spese fatte per la cosa, *impensæ in rem collatæ*.

Per *causa rei*, intendonsi le accessioni, *accessiones*, ed i frutti, *fructus*. [3]

L' accessione è tutto ciò, che è esteriormente congiunto con una cosa, e che, o per la natura stessa, o per la volontà dell'uomo, è in tale rapporto colla cosa principale, da doversi considerare come una parte della medesima. Sono pure una accessione le così dette pertinenze di una cosa, cioè quelle cose, che servono all'uso perpetuo della cosa principale. Una cosa può essere pertinenza di un' altra, per effetto di legge, o per la volontà dell' uomo; e conserva questo carattere, finchè non sia completamente separata dalla cosa a cui serve. [4] Intorno alle accessioni vale l' assioma, che ogni disposizione, che si riferisce a ciò, che è principale, si riferisce anche all' accessorio, *accessio cedit principali; accessorium sequitur principale*, a meno che non sia espressamente stabilita una norma in contrario. [5]

Per frutto intendesi il prodotto naturale, il prodotto organico di

[1] Lib. 5, tit. 3, Dig. fr. 20, § 1, 2, 10, 12.

[2] Lib. 21, tit. 1, Dig. fr. 34.

[3] Lib. 6, tit. 1, Dig. fr. 20. - Lib. 12, tit. 1, Dig. fr. 31. - Lib. 50. tit. 16, Dig. fr. 35, 75, 246.

[4] Lib. 19, tit. 1, Dig. fr. 13, § 31, fr. 14, § 18, fr. 17, § 11. - Lib. 30, Dig. fr. 41, § 12. - Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 242.

[5] Lib. 19, tit. 1, Dig. fr. 13, § 31. - Lib. 34, tit. 2, Dig. fr. 19, § 20, fr. 20.

una cosa, come le biade, il fieno, la legna, i parti degli animali. [1] In diritto considerasi un frutto anche l'utile che ei procura una cosa, sebbene non sia un prodotto naturale di essa, come gli interessi dei capitali, i fitti dei fondi locati, i proventi delle enfiteusi, dei censi, [2] ecc. In opposizione agli altri frutti *naturali*, questi diconsi frutti *civili*. Anche i frutti *naturali* si sogliono suddividere in frutti, *meramente naturali* e artificiali. Frutti *meramente naturali*, *mere naturales*, sono quelli che la cosa spontaneamente produce, come il prato, per il quale non occorre che la falce; [3] frutti artificiali, *industriales*, sono quelli, alla di cui produzione occorre l'industria dell'uomo, come i seminati. Chiamansi pendenti, *pendentes*, i frutti ancora uniti alla cosa, che gli ha prodotti; [4] e separati, *separati*, gli altri; e questi perdono la qualità di cose accessorie. Diconsi poi frutti percetti, *percepti*, se chi gli ottiene contribui con qualche azione ad avere il possesso giuridico dei frutti separati. [5] *Fructus percipiendi* sono quelli, che un diligente padre di famiglia avrebbe potuto ottenere, e che non ottenne. Frutti esistenti, *extantes*, sono quelli che si trovano ancora presso l'acquirente; consumati, *consumpti*, quelli, di cui si fece uso, o che si alienarono. Le spese intorno ad una cosa, *impensæ*, *expensæ*, *sumtus*, *impendia*, sono riguardate come un'accessione della cosa, quando il prodotto di esse faccia parte della cosa stessa.

[1] Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 77. – *Qui fundum vendidit pomum recepit; nuces et ficos et uvas dumtaxat duracinas, et purpureas, et quæ ejus generis essent, quas non vini causa haberemus.* Ibid. fr. 205. – Vedi anche fr. 236. – Il parto della schiava, *partus ancillæ*, in via di eccezione, è considerato una *accessio*, ma non un *fructus*. Lib. 2, tit. 1, Inst. § 37. – Lib. 22, tit. 1, Dig. fr. 28, § 1. *Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.*

[2] *Mercedes plane a colonis acceptæ loco sunt fructuum. Item vecturæ navium et jumentorum. – Usuræ vicem fructuum obtinent et merito non debent a fructibus separari.* Lib. 5, tit. 3, Dig. fr. 29. – Lib. 22, tit. 1, Dig. fr. 34, Cfr. – Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 121.

[3] PRATUM *est, in quo ad fructum percipiendum falce dumtaxat opus est, ex eo dictum, quod* PARATUM *sit ad fructum capiendum.* Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 31.

[4] Lib 47, tit. 2, Dig. fr. 26, § 1. – Lib. 24, tit. 3, Dig. fr. 7, § 15.

[5] Basta la semplice separazione all'acquisto del diritto sui frutti, quando quegli che gli ottiene sia considerato possessore giuridico della cosa producente i frutti, poichè allora, prima della separazione, era già possessore giuridico anche dei frutti; tale è l'enfiteuta, il creditore pignoratizio anticretico; ma quando il diritto romano non gli attribuisca che un semplice possesso naturale della cosa principale, all'acquisto dei frutti non basta la separazione; occorre anche la percezione. – V. Marezoll, *Lehrbuch der Instit.* § 97. – Heimbach, *Die Lehre von der Frucht.* – Böking; I.

Sotto questo riguardo, le spese si distinguono in necessarie, utili, e voluttuose, *necessariæ, utiles, voluptuariæ.*

Sono necessarie, le spese indispensabili alla conservazione della cosa; *quæ si factae non sint, res peritura, aut deterior futura sit;* utili, quelle, che aumentano il valore della cosa; voluttuose, quelle, che servono al *lusso*, senza aumentare il valore reale; *ut sunt viridia, et aquæ salientes, incrustationes, loricationes, picturæ.* [1]

Tutti, ad eccezione del ladro, hanno diritto a farsi compensare le spese *necessarie*, incontrate, per la conservazione delle cose altrui. [2]

In massima, non è dalle leggi romane accordata una azione, per ottenere il compenso delle spese utili; e, all'uopo, chi le ha sostenute, non può giovarsi, che del *jus retentionis*, o della *exceptio doli.*

In quanto alle spese di mero lusso, chi le ha sostenute, non ha altro diritto, che di riprendere, *jus tollendi*, ciò che può essere tolto dalla cosa, senza pregiudizio di essa, e, in quanto ciò che si riprende possa recare un vantaggio a chi ha incontrate le spese voluttuose. *Neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias.* [3]

§ 89. Cose presenti e future.

Riguardo allo stato di ciò che esiste, le cose si distinguono in presenti, *res jam existentes*, e future, *res futuræ*. Diconsi future le cose, sia che si aspettino dal corso ordinario delle cose, come i frutti che si riproducono, sia che possano derivare dal mero caso. [4]

§ 90. Cose *mancipi* e cose *nec mancipi*.

Dalle istituzioni di Gajo e di Ulpiano appare la distinzione di

[1] Lib. 50, tit. 16, fr. 79.

[2] Lib. 13, tit. 1, Dig. fr. 15. – Lib. 33, tit. 4, Dig. fr. 1, § 4. – Lib. 3, tit. 32, Cod. L. 5. – Lib. 8, tit. 52, Cod. L. 1.

[3] Lib. 6, tit. 1, Dig. fr. 38.

[4] Lib. 18, tit. 1, Dig. fr. 34, § 2. – Lib. 19, tit. 1, Dig. fr. 11, § 18. – Lib. 20, tit. 1, Dig. fr. 15, tit. 4, fr. 11, § 3, fr. 8, § 1. – Lib. 32, Dig. fr. 17, pr. – Lib. 45, tit. 1, Dig. fr. 75.

res mancipi e *res nec mancipi*, (*mancipii res*) che era di una grande inportanza nel diritto antico.

Sono cose *mancipi;* 1. tutti i beni rustici od urbani in Italia; 2. le servitù dei fondi rustici; 3. gli schiavi, *serviles personæ;* 4. gli animali, *quæ dorso collove domantur; veluti boves, equi;* ecc. [1]

Tutte le altre cose sono *nec mâncipi*, e in particolare tutte quelle che, *pondere, numero et mensura constant.*

Le cose incorporali sono sempre *nec mancipi*, eccetto le servitù rustiche, che, come dicemmo, erano fra le cose *mancipi.*

Fra le cose *mancipi* erano pure compresi gli uomini liberi, *liberae personæ*, il figlio di famiglia, la donna in *manu viri*, ma solo nel senso, che si potevano sottoporre alla podestà altrui colla *mancipatio.*

Le cose *mancipi* costituiscono adunque una classe di cose *preziose*, una classe privilegiata di cose. [2] La proprietà delle cose *mancipi* ha caratteri suoi proprii; essa si acquista, e si perde con modi speciali e più rigorosi.

Il consenso delle parti e la tradizione bastano per trasferire la proprietà delle cose *nec mancipi.*

La sola tradizione ed il consenso non bastano invece a trasferire la proprietà delle cose *mancipi.* Per esse si richiede la *mancipatio* od altro dei modi legittimi, atti, appunto, a trasferire il dominio quiritario, *ex jure Quiritium.* E quando per le cose *mancipi* non avesse avuto luogo che una semplice tradizione degli oggetti, così trasferiti, non si acquistava il dominio, *ex jure Quiritium*, ma il possesso soltanto. Gli oggetti sarebbero semplicemente nei beni, *in bonis*, di chi gli avesse ricevuti.

In origine, il solo *ager romanus* aveva il carattere di *res mancipi;* in appresso ebbero questo carattere tutti i fondi italici, *italicum solum.*

Ai tempi di Gajo le terre delle provincie, *provinciale solum*, non erano ancora comprese fra le cose *mancipi*, a meno che, non fos-

[1] *Elephanti et cameli, quamvis collo, dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.* Ulp. 19, 1. La ragione è questa che camelli ed elefanti non erano in origine conosciuti dagli antichi Romani.

[2] Gajo usa l'espressione, *res pretiosæ*, come equivalente a quella di *res mancipi.* Ad ogni modo, notiamo, che l'oro e l'argento si reputavano cose *nec mancipi.* E in fatti, l'oro e l'argento mancano di individualità, e in massima non sono oggetti di vindicazione.

sero ammesse al beneficio del *jus italicum;* poichè allora, per finzione giuridica, queste terre formavano, in certo modo, parte d' Italia.

Il suolo italico apparteneva a ciascun cittadino, che ne avesse legittimamente acquistato il privato dominio.

Le terre provinciali erano invece in dominio di Cesare o del popolo romano; e chiamavansi *prædia tributaria*, le provincie di Cesare; *prædia stipendiaria*, le provincie del popolo romano.

Le terre provinciali, a cui fosse concesso il *jus italicum*, erano invece regolate colle stesse norme delle terre italiche.

Giustiniano tolse ogni differenza, che esisteva fra le cose *mancipi* e *nec mancipi*, e fra gli immobili situati in Italia e fuori d' Italia. L' espressione *in bonis* non è più espressione tecnica nel diritto giustinianeo. Teofilo riprodusse questa espressione sotto le parole δεσποτης βονιταριος. E fu per ricordare queste parole, che i moderni introdussero, in opposizione al *dominium ex jure Quiritium*, il *dominium bonitarium*, che sarebbe stato forse meglio indicato, coll' espressione di dominio *naturale*; e meglio ancora, per non parlare di dominio che non occorre nelle fonti, per accennare un oggetto *in bonis*, coll' espressione, *possesso*. Ad ogni modo, avendo una cosa in possesso, *in bonis*, poteva il possessore giovarsi dell'*exceptio rei venditæ, et traditæ*, anche contro lo stesso proprietario, *ex jure Quiritium*, che volesse vindicare la cosa, massime, se avesse egli stesso trasferito prima all' altro il possesso della cosa stessa Come potesse anche aver luogo una *publiciana in rem actio*, vedremo più innanzi. Ci basti di avere qui accennati i principali caratteri di distinzione delle cose *mancipi* e *nec mancipi* e di alcune giuridiche conseguenze coordinate a questa distinzione.

Titolo Secondo

DIVISIONE DELLE COSE CONSIDERATE RISPETTO A COLORO CUI APPARTENGONO

§ 91. Cose di diritto divino, cose di diritto umano.

Nel Digesto, come precipua divisione delle cose, è riguardata quella, di cose di dirillo divino e cose di diritto umano. *Summa*

rerum divisio in duos articulos deducitur ; nam aliæ sunt divini juris, aliæ humani. [1]

Di diritto divino sono le cose sacre, *sacrae*, e religiose, *religiosae*. Anche le cose sante sono in certo modo di diritto divino. *Sanctæ quoque res quodammodo divini juris sunt.* [2]

Le cose di diritto divino non appartengono ad alcuno; *nullius in bonis sunt.*

Le cose di diritto umano, generalmente, appartengono al patrimonio di alcuno; *plerumque alicujus in bonis sunt.* [3] Laonde, anche nelle istituzioni di Giustiniano, abbiamo intorno alle cose, che: *vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur.* [4]

§ 92. Cose di diritto divino, cose sacre, religiose, sante.

Prima del cristianesimo, dicevansi cose sacre, le cose pubblicamente consacrate agli dèi superiori; *quæ, publice diis superis consecratæ sunt*: religiose, le cose privatamente dedicate agli dèi inferiori; *quæ diis manibus relictæ sunt.* [5] Una cosa non era dichiarata sacra, che col mezzo di una legge, *auctoritate populi romani;* ovvero, *senatusconsulto facto.* [6] La consecrazione era quindi un atto di diritto pubblico. È ben vero che i Romani avevano, nelle proprie case, *sacra privata et gentilia deorum Penatium et Larium*, con simulacri ed are; ma tutte queste cose non erano costituite sacre, per autorità privata, *sed auctoritate publica.* Ai tempi di Ulpiano, l' imperatore poteva egli stesso consecrare una cosa, perchè pontefice sommo; e d' altronde, perchè si riteneva, che il popolo avesse in lui trasferito *omne suum imperium et potestatem.* [7] Una cosa

[1] Lib. 1, tit. 8, Dig. fr. 1.

[2] Ibid.

[3] Ibid.

[4] Lib. 2, tit. 1, Inst. pr. Schilling, *Instit.* II. Puchta, *Instit.* II. Pagenstecher, *Lehre vom Eigenthum* 1, Böcking Pand. 1.

[5] Gajus II, 4. — È noto come RELIGIO ed OBLIGATIO abbiano una radice comune. — *Deorum manium jura sancta sunto.* Cic. *de leg*, II, 9.

[6] Gaii Inst. comm. 2 § 5. - *Si quis privatim sibi sacrum constituerit, sacrum non est, sed profanum.* Lib. 1, tit. 8, Dig. fr. 6, § 3. - *Sacer locus est locus consecratus. Sacrarium est locus, in quo Sacra reponuntur.* Lib. 1, tit. 8, Dig. fr. 9, § 2.

[7] Lib. 1, tit. 2, Inst. § 6.

sacra poteva ridivenire profana, o mediante una legge o per occupazione nemica.

Le cose sacre erano fuori del legale commercio, e non potevano essere oggetto di contrattazioni, perchè tolte al dominio degli uomini e attribuite agli dèi. [1] L'editto pretorio vietava qualunque lesione dei luoghi sacri: *In loco sacro facere, inve eum immittere quid veto.* Il sacrilegio era punito poi colle pene più severe.

Dopo introdotto il cristianesimo, si ritennero sacre le cose, *quæ rite et per pontifices Deo consecratæ sunt.* [2] Giustiniano permise l'alienazione dei sacri vasi e di altri oggetti mobili, consacrati al culto, [3] per il riscatto dei prigionieri e per il mantenimento dei poveri; poichè la vita degli uomini è più preziosa dei vasi sacri; permise l'alienazione anche dei beni immobili, per pagare i debiti delle chiese. [4] Sono *religiosi* i luoghi, nei quali si custodiscono le ceneri dei defunti. [5] Di un campo non sarebbe però religiosa che la parte occupata dal sepolcro; *non totus locus religiosus est; sed quatenus corpus humatum sit.* [6] Il luogo non cessa di essere religioso se vi è sepolto uno schiavo; e se il cadavere, diviso in parti, si fosse sepolto in luoghi diversi, non tutti questi luoghi sarebbero a ritenersi religiosi, ma quello soltanto, in cui fu collocato il capo. Non sarebbe però religioso il sepolcro di un nemico; come non è religioso un monumento, soltanto onorario, e che non racchiuda le ceneri del defunto; *tumulus inanis; cenotaphium.* [7]

È lecito adunque a chiunque il rendere religioso un luogo, col

[1] Perciò Clodio, tribuno della plebe, aveva proposta una legge, perchè la casa di Cicerone, mentre era in esiglio, fosse consecrata a Minerva, onde, se ritornasse, non gli fosse più possibile il ricuperarla.

[2] Lib. 2 tit. 1, Inst. § 8.

[3] *Alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum.* Lib. 2, tit. 1, Inst. § 8.

[4] V. Lib. 1, tit. 2, Cod. L. 21. - Nov. 7, c. 8. - Nov. 120, c. 10.

[5] Giustiniano, ed era naturale, non ricorda nel far cenno delle *res religiosæ*, che fossero queste abbandonate agli Dei inferiori come si esprimeva Gajo.

[6] Lib. 11, tit. 7, Dig. fr. 2, § 5.

[7] *Cenotaphium placet locum esse religiosum, sicut testis in ea re est Virgilius. - Sed divi fratres contra rescripserunt.* Lib. 1, tit. 8, Dig. fr. 6, § 5, fr. 7. - Il primo capoverso è di Marciano, il secondo di Ulpiano. - I versi di Virgilio sono:

. . . . *Manesque vocabat*
Hectoreum ad tumulum: viridi quem cespite inanem,
Et geminas, causam lacrymis, sacraverat aras. Æn. lib. III, v. 303.

sepellirvi il cadavere di un uomo. Basta essere proprietario del luogo, a ciò destinato, o che si abbia ottenuto il permesso da coloro che abbiano un diritto di proprietà, di usufrutto, di uso o di qualche altra servitù. Altrimenti il luogo non è fatto religioso, ma rimane puro. [1] Ad onta delle opposizioni dei comproprietari, si ha il diritto di sepoltura in un sepolcro, che sia comune; ma non si ha il diritto in un campo comune di formarne un sepolcro, se gli altri comproprietari si oppongono. Il dissenziente non avrebbe però il diritto di fare asportare le ceneri, che si fossero poste in luogo di sua ragione, senza l' intervento dell' autorità pubblica. [2] Quando egli facesse un atto di arbitrio, potrebbe contro di lui essere spiegata *l' actio injuriarum.* [3]

I luoghi religiosi sono pure fuori di commercio. Non bisogna però confondere il sepolcro col diritto di sepoltura, *jus sepeliendi.* Il sepolcro è fuori di commercio; non può essere l'oggetto immediato e principale di una vendita o di altro contratto; ma il diritto di sepoltura può essere venduto, legato; può competere ad una famiglia; può essere trasferito agli eredi. Si hanno infatti *sepulcra familiaria et hæreditaria.* Gli *hæreditaria* possono servire anche per gli eredi, estranei alla famiglia. [4]

La violazione dei sepolcri era punita civilmente e criminalmente. L'azione civile diccvasi: *actio sepulcri violati*; e poteva essere proposta, non solo dalle persone interessate, ma da qualunque cittadino; *popularis actio.* Diconsi cose sante, quelle, che, con una sanzione penale, sono protette e difese contro l' ingiuria degli uomini. [5]

[1] *Purus locus dicitur, qui neque sacer, neque sanctus est, neque religiosus...* Lib. 11, tit. 7, Dig. fr. 2, § 9, – *Profanus.... qui sacrus fuerit et desierit.*

[2] *Nemo humanum corpus ad alium locum sine Augusti affalibus transferat.* Lib. 3, tit. 44, Cod. L. 14.

[3] Religioso si considerava anche il luogo percosso dal fulmine, quasi Dio avesse dimostrato di volerlo a se dedicato. *Fulguritum id quod est fulmine ictum, qui locus statim fieri putabatur religiosus, quod eum Deus sibi dicasse videretur.* Paul. Diac. *Fanatica arbor, arbor fulmine icta.* Fest. V. Becker-Marquardt, *röm Alterthüm.* IV.

[4] *Monumenta quidem legari non posse, manifestum est, jus autem mortuum inferendi nemo prohibetur.* Lib. 6, til. 37, Cod. L. 14.

[5] *Sanctum dictum est a sagminibus. Sunt autem* SAGMINA (verbene) *quædam herbæ, quas legati populi romani ferre solent, ne quis eos violaret, sicut legati Græcorum ferunt ea, quæ vocantur* CERYCIA, (caduceo). Lib. 1, til. 8, Dig. fr. 8. – Pare più esatta l'etimologia di *sanctum* a *sanciendo, idest confirmando,* che non a *sagminibus*, come vorrebbe *Marcianus* nel framm. succennato.

Le cose sante non sono adunque, nè sacre, nè profane, ***sed sanctione quadam confirmatæ;*** ed è per ciò, che non sono *divini juris*, ma *quodammodo divini juris*. Per questo, sono sante le leggi, sante le mura e le porte della città. Anzi, non le mura soltanto della città, ma anche uno spazio intorno ad esse è fuori del privato dominio, e dicesi *pomerium*. Nel *pomerium*, non era lecito, nè erigere fabbriche, nè abitarvi, nè condurvi l'aratro. [1]

Le cose sacre, sante e religiose avevano questo di comune, che, perdevano il loro carattere, cadendo nelle mani dei nemici; ma lo riprendevano, per diritto di postliminio, se venivano ricuperate.

§ 93. Cose di diritto umano; cose comuni; cose pubbliche; cose delle università; cose dei singoli; cose di nessuno.

Diconsi cose comuni, *res communes*, quelle cose, delle quali la proprietà è di nessuno e l'uso è di tutti. Secondo gli stoici, queste cose non sono in proprietà di alcuno, perchè costituiscono il patrimonio dell'umanità; ed è per ciò che l'uso è di tutti. [2]

Per diritto naturale, sono comuni a tutti, l'aria, l'acqua corrente, il mare e le sue spiagge, *aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.* [3]

L'acqua, che noi attingiamo, quella parte di lido del mare che è occupata da un nostro tugurio, sono cose che appartengono a noi, finchè ne continua in noi il possesso. *In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant; retia siccare et ex mare deducere.* [4]

Non è lo stesso delle rive di un fiume. Esse appartengono ai

[1] *Ut diligentius urbs religione quam mœnibus cingeretur.* Cic. *de nat. Deorum* III, 4. Anche le persone possono essere *sanctæ*. I tribuni erano *sacrosancti*. Durante l'impero, l'imperatore e la di lui moglie si dissero *sanctissimi*. – Alcune volte *sanctum* è anche preso come sinonimo di *sacrum* e *religiosum*. Da qui le espressioni di *sepulcrorum sanctitas, sacrum sepulcrum, religiosa altaria.*

[2] *Quid tam est commune quam spiritus vivis.... mare fluctuantibus, litus ejectis.* Cic. pro Roscio 26; e in Ovidio: *Nec solem proprium natura, nec aera fecit, Nec tenues undas...* Metam. VI.

[3] Lib. 1, tit. 8, Dig. fr. 2.

[4] Ibid. fr. 5, § 1. – Lib. 2, tit. 1, Inst. § 5. – *Ædificio dilapso, quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam: et si alius in eo loco ædificaverit, ejus fiet.*

proprietarj dei fondi limitrofi; *proprietas est illorum, quorum prædiis haerent.* [1]

Il diritto di occupazione dei lidi del mare è però limitato dal diritto, che, su di essi, potrebbe esercitare lo Stato per la navigazione, per la difesa, o per altri motivi. Ed è sotto questo riguardo, che i lidi del mare sono considerati anche come cose pubbliche, anzichè cose comuni. *Litora, in quæ populus romanus imperium habet, populi romani esse arbitror.* [2] Questa opinione era però contraddetta da altri giureconsulti, che ritenevano, che la linea di confine del territorio romano dovesse segnarsi dalla più alta marea, che si spinge entro terra. *Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.* [3]

Sono cose *pubbliche*, quelle che, in proprietà, appartengono ad uno Stato, e di cui l'uso è comune a tutti i cittadini, in modo, che agli stranieri potrebbe essere interdetto. *Sola ea publica sunt, quæ populi romani sunt.*

Le nostre fonti accennano fra le cose pubbliche le maggiori vie; i fiumi; [4] i porti; e perciò *jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.* [5] Le rive del fiume, abbiamo già detto, non essere pubbliche; ma è pubblico l'uso di esse. Quindi è libero a ciascuno di avvicinarvisi, di appredarvi, di legare le navi agli alberi, sebbene la proprietà degli alberi appartenga ai padroni dei fondi, costituenti la riva del fiume. L'uso non comprende i frutti. *Uti potest, non frui potest.* Non si avrebbe quindi il diritto di tagliare i rami

[1] Lib. 1, tit. 2, Inst. fr. 4.

[2] Lib. 43, tit. 8, Dig. fr. 3.

[3] Lib. 2, tit. 1, Inst. § 3. - Oggidì, mentre è canone di diritto internazionale, che il mare è libero, vale a dire, che non può soggiacere alla sovranità di alcun popolo, è ammessa invece la sovranità per il mare territoriale, quello, che lambe la spiaggia, e per il mare chiuso, cioè quello, che, internandosi entro il continente, comunica coll'alto mare per un canale abbastanza stretto, da potere essere difeso dalle due rive. Secondo le moderne espressioni, il mediterraneo sarebbe stato, all'epoca romana, un *mare chiuso*, un lago italiano. V. Grozio; Seldeno; Gérard de Rayneval, *De la liberté des mers;* Hautefeuille, *Histoire du droit maritime international.*

[4] *Viarum, quædam publicæ sunt, quædam privatæ, quædam vicinales. Publicas vias dicimus, quas Grece βασιλικάς, nostri prætorias, alii consulares vias appellant.* Lib. 43, tit. 8, fr. 2, § 22.

[5] Lib. 2, tit. 1. Inst. § 2. - *Fluminum quædam publica sunt, quædam non: publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit.* Lib. 43, tit. 12, fr. 1, § 2. *Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium.* Ibid. fr. 1, § 1.

degli alberi, di tagliare le erbe ecc. Queste cose appartengono al proprietario della riva, a cui rimane però l'onere di non impedire l'uso pubblico: *usus publicus est juris gentium.*

Le cose, di cui è dello Stato la proprietà, ma l'uso non è di tutti, sono *res in patrimonio, in peculio populi.* Tali sarebbero: gli schiavi del popolo romano, *servi populi romani*, gli *agri vectigales.* Queste cose, se impropriamente si denominano *res publicæ*, è soltanto per distinguerle dalle cose dei privati.

Alcune delle cose appartenenti all'imperatore vengono sotto il nome di *dominicæ res.*

Cose di una università, *res universitatis*, sono quelle, di cui la proprietà è di una riunione di persone, formanti una città, una corporazione, e l'uso, dei singoli che la compongono; tali sarebbero le cose, *quæ in civitatibus sunt, theatra, et stadia, et similia.* [1]

Le cose poi, di cui la proprietà è della corporazione, ma l'uso non è dei singoli, sono *res in pecunia, in patrimonio universitatis.*

Sono cose dei singoli, *res privatæ, res singulorum*, quelle che in realtà, o almeno, per una finzione giuridica, appartengono in dominio ai singoli privati. Le cose private possono adunque avere un padrone di fatto e di diritto, o un padrone di diritto soltanto. Una eredità giacente, ossia una eredità, non ancora adita dagli eredi, non appartiene a colui della di cui eredità si tratta, perchè il dominio cessò in lui alla sua morte; non appartiene agli eredi, perchè da essi non ancora adita. Una eredità giacente sarebbe quindi una cosa di nessuno. Ma le leggi fingono che il defunto ne sia ancora il padrone; e perciò una eredità giacente è una cosa nel dominio dei privati per una finzione giuridica.

Cose di nessuno, *res nullius*, sono le cose, di cui alcuno non si è ancora impadronito, o che furono dal padrone intieramente abbandonate; *res pro derelictis habitæ.* Nel primo senso, sarebbero cose di nessuno gli animali fieri, le conchiglie, le alghe marine, le isole nate nel mare.

Le *res nullius* differiscono dalle *res communes*, in questo, che le *res nullius* sono suscettive di cadere intieramente nel dominio dei privati, e di divenire *res privatæ*; mentre le *res communes* non sono

[1] Lib. 1, tit. 8, Dig. fr. 6, § 1. – Abusivamente queste cose si dicono anche pubbliche

di alcuno, nè possono cadere mai intieramente nel dominio dei privati. Non è che l'uso, che sia di tutti; e, se entrano nel dominio privato, non è che per qualche parte di esse soltanto. Fra le cose, *quæ nullius in bonis sunt*, come dicemmo, le fonti accennano anche le cose sacre, sante e religiose; e quindi sono fuori di commercio, *extra commercium;* come fuori di commercio sono pure le *res communes.*

Le *res publicæ* ed *universitatis* non sono, per sè stesse, fuori di commercio; ma l'uso, a cui sono destinate, non lascia loro l'attitudine a divenire oggetto di proprietà privata. [1] *Celsus filius ait, te emere non posse... publica, quæ non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.*

[1] Lib. 18, tit. 1, Dig. fr. 6 pr.

LIBRO QUARTO

Delle azioni [1]

TITOLO I.

ESERCIZIO E TUTELA DEI DIRITTI.

§ 94. Diritti reali e diritti personali.

Un diritto non può esistere che da persona a persona. Ogni diritto ha quindi un soggetto attivo ed un soggetto passivo, che non possono essere altrimenti che persone. Sotto questo riguardo, ogni diritto potrebbe dirsi personale.

Ogni diritto, che esiste da persona a persona, deve per necessità avere un oggetto, il quale oggetto, nella sua generalità, dicesi cosa.

Sotto questo riguardo, ogni diritto, avendo per oggetto una cosa, potrebbe dirsi reale.

Ogni e qualunque diritto quindi, senza eccezione, sarebbe, nello stesso tempo, personale e reale: personale, quanto al soggetto attivo e passivo; reale, quanto alla cosa che ne è l'oggetto.

Ma le espressioni, diritto *personale*, diritto *reale*, hanno, nella scienza nostra, una significazione affatto speciale.

[1] Dopo la scoperta dei commentarj di Gajo si hanno, intorno alle azioni, idee assai più precise di quelle, che ci venivano innanzi offerte dagli scrittori. Basta fare un confronto, per esempio, fra Sigonius, *de judiciis;* Heineccius, *Syntagma,* e le opere di Zimmern, *röm. Civil-proc.* – Bethmann Holweg *Handbuch des Civil-processes.* – Bonjeau *Traité des actions.* – Lebastard-Delisle *Précis de l'administr. de la justice chez les Rom.* – Keller *der röm. Civilproz.* – Wetzell *System des ord. Civilproz.* – Scheurl *Anleit. Z. Studium des röm. Civilproz.* – Windscheid *Die Actio des römischen Civilrechts,* – Rein *das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältestem Zeit bis auf Justinianus.* – Rudorff *Römische Rectsgeschichte.* – Ortolan *Histoire de droit romain,* ed *Explic. hist. des Instituts.*

Il diritto, in confronto del soggetto passivo, può dirsi la facoltà di fare, o di esigere che altri faccia, o si astenga di fare qualche cosa.

Se una persona è particolarmente obbligata ad una prestazione, cioè, a dare, fare od ommettere qualche cosa, è allora che, comunemente, il diritto dicesi PERSONALE.

Se invece non vi ha una persona, che sia, in particolare, obbligata ad una prestazione, ma compete ad alcuno sopra una cosa corporale o incorporale un tale diritto, che *tutti* siano obbligati a riconoscerlo, cioè, a non turbare, nell' esercizio del diritto stesso, la persona, a cui esso diritto compete, questo diritto dicesi allora diritto REALE. [1]

Se io adunque ho un diritto personale, verso di me è obbligata una persona determinata.

Se io ho un diritto reale, il mio diritto è assoluto, cioè, posso esercitarlo direttamente sulla cosa contro chiunque; ed ho questo diritto, senza che una determinata persona sia particolarmente obbligata verso di me.

In forza del diritto personale, io chiedo che alcuno sia tenuto a dare, fare od ommettere qualche cosa, giusta l' obbligazione sua, da cui dipende poi il mio diritto.

In forza del diritto reale, pretendo una cosa che è mia, da chiunque ne sia il possessore; o contro qualunque possessore pretendo un diritto limitante una proprietà altrui.

Io non posso, per esempio, pretendere il rimborso di un danno che da colui che é responsabile verso di me pel danno recato; ma io posso vindicare, da chiunque ne sia il possessore, un libro di mia proprietà. [2]

Gli interpreti chiamarono *jus in re*, il diritto, che noi diciamo reale, e *jus ad rem*, il diritto personale, ad imitazione delle azioni che erano nelle fonti distinte in *actiones in rem* ed *actiones in per-*

[1] Il diritto personale sulle tracce del Grozio è in generale definito dagli interpreti: *facultas personæ competens, ut hæc dare aliquid, vel facere teneatur.* Il diritto reale al contrario è detto: *facultas homini in rem competens sine respectu ad certam personam.*

[2] Il diritto romano precisa nettamente la proprietà nel diritto assoluto di rivendicazione; e non ammette che alcuni *jura in re*, in casi specialmente determinati, suscettivi di restringere la proprietà.

sonam. Ma *jus in re, jus ad rem* non si trovano usate nelle nostre fonti, per indicare il diritto, che si può far valere soltanto contro una determinata persona, o il diritto che si può far valere contro qualunque possessore.

È ben vero, che si trovano nelle leggi romane le espressioni: *jus in re; jus in rem,* ma si trovano indifferentemente applicate, ora per indicare un diritto reale, ora per indicare un diritto personale. [1]

Del resto, comunque queste espressioni non appartengano rigorosamente alla lingua del diritto romano, non v' ha dubbio, che sono ora ricevute da tutti gli interpreti nel senso sopraccennato, cioè, che il *jus in re* equivale al diritto reale, e il *jus ad rem* equivale al diritto personale; [2] e di tali espressioni ci serviremo noi pure per tenere più chiare e distinte le idee che a ciascun diritto sono coordinate. Per altro, volendo riassumere le cose esposte ed offrire una idea, più conforme alle fonti, del diritto a cui corrisponde l'*actio in rem* o l' *actio in personam*, diremo, che se il nostro diritto ha, per oggetto immediato e diretto, un rapporto giuridico, considerato da sè, indipendentemente dagli atti di un terzo, un diritto di famiglia, un diritto sulle cose, un diritto di successione, al nostro diritto corrisponde una *actio in rem;* ed è il diritto che oggidì chiamasi reale; ma, se il nostro diritto ha per oggetto un atto determinato di un'altra persona, per procurarci un diritto ad una cosa o il godimento della cosa stessa, al nostro diritto corrisponde un' *actio in personam;* ed è il diritto che dicesi personale. Laonde, se è carattere generale di queste azioni l' essere dirette contro chiunque o contro un avversario determinato, non è questo l'unico carattere essenziale distintivo di esse azioni. [3]

[1] V. Lib. 9, tit. 4, Dig. fr. 30. - Lib. 30, Dig. fr. 71, § 5. - Lib. 32, Dig. fr. 20. - Lib. 39, tit. 2, Dig. fr. 19. - Lib. 47, tit. 8, fr. 2, § 22. - Lib. 7, tit. 39, Cod. L. 8, § 1.

[2] L'uso di queste espressioni è antichissimo. Noi ne troviamo le tracce nel più antico commento che si abbia del diritto giustinianeo, conosciuto sotto la denominazione di *Brachylogus juris civilis* che risale al 1100 circa. Nelle costituzioni pontificie del secolo XIII e XIV si trovano pure usate le dette espressioni nel senso preciso, riconosciuto ora da tutti gli interpreti delle leggi romane. V. Sext. Decret. 3, 4, 40, Bonif. VIII. *Sex. Decret.* 3, 7, 8 Bonif. VIII. - Clement. 2, 6. Clem. V. - *Extrav.* Johan. XXII, 4, 1.

[3] L'*actio quod metus causa*, per esempio, è una *actio in personam*, e può essere diretta contro un terzo qualunque. La *petitio hæreditatis* è un'*actio in rem* e non può promuoversi che contro certe determinate persone, vale a dire contro colui che possiede *pro hærede* ovvero *pro possessore*.

§ 95. Esercizio e tutela dei diritti.

Chiunque crede che un suo diritto sia leso, può portare le sue querele alle autorità stabilite dalle leggi, ma non può farsi giustizia da sè, sia coll' appropriarsi una cosa posseduta da un altro, nell'idea, che quella cosa gli appartenga, sia col ritenere una cosa che appartenga ad altra persona, per una pretesa ch' egli abbia contro la persona stessa.

Ed è giusto e conveniente che, nell' esercizio e nella tutela dei proprii diritti, subentri alla difesa privata la difesa dello Stato, poichè il *jus privatæ violentiæ* potrebbe essere causa od occasione di disordini gravissimi. *Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi.* [1]

In via di eccezione, è però lecito di far uso della privata difesa, quando tardi arriverebbe il soccorso delle autorità stabilite dalle leggi; e quando questa privata difesa sia dalle leggi stesse espressamente autorizzata.

Se potesse arrivare tardi il soccorso delle autorità stabilite dalle leggi, avrebbe luogo una incolpata tutela, *inculpata tutela*, che si deve ammettere, allor quando, dalle qualità delle persone, dal tempo, dal luogo e dalle altre circostanze si possa conchiudere con fondamento, che dall' assalito non si potesse altrimenti preservare la vita propria od altrui, la sostanza o la libertà: *Vim vi repellere licet cum moderamine inculpatæ tutelæ.* [2]

Però l' attacco deve essere attuale ed effettivo, non solamente supposto possibile; e la forza, usata in propria difesa, deve essere conveniente, idonea, cioè necessaria a respingere l'assalto. [3] Laonde, chi non rispettasse i limiti della necessaria difesa potrebbe rendersi responsabile di fronte alle leggi penali e più specialmente alla

[1] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 176.

[2] *Nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere jus non habet.* Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 151. - *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.* Ibid. fr. 55. - Lib. 1, tit. 1, Dig. fr. 3. - Lib. 43, tit. 16, Dig. fr. 1 § 27.

[3] *Inculpatæ tutelæ moderatione, illatam vim propulsare licet.* Lib. 8, tit. 4, Cod. L. 1. - V. Lib. 9, tit. 2, Dig, fr. 29, § 1, fr. 45, § 4. - Lib. 43, tit. 16, Dig. fr. 3, § 9. - Cic. *pro Milone.* 3.

legge *Julia de vi*, ed al *Decretum Divi Marci.* [1] Del resto si potrebbe dire, che vi ha un caso in cui la legge permette di eccedere i limiti della *difesa*, ed è quello, in cui si può riprendere colla forza una cosa, che violentemente ci sia stata tolta; purchè, per altro, ciò avvenga nell' istante stesso, *in ipso congressu. Qui possessionem vi ereptam, vi in ipso congressu receperit, in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus est.* [2] Fuori di questo caso, chi, di propria autorità, si procurasse colla violenza il possesso di una cosa, incorrerebbe in una pena eguale al valore della cosa stessa, in favore della persona contro la quale fosse usata la violenza. In altri termini, o si perderebbe la cosa a cui si aveva diritto, ma che si volle ottenere fuori delle vie legali, o si dovrebbe altrimenti pagarne il corrispondente valore. *Nemini licet rapere rem mobilem... licet suam eandem rem existimet... quod, constitutiones obtinere censuerunt etiam in invasionibus quæ circa res soli fiunt...* [3]

In generale, di propria autorità, cessato il diritto che ci era stato conceduto, noi non possiamo ritenere una cosa altrui, per titolo di un' altra pretesa, perchè questa pretesa venga soddisfatta. Però, in certi casi, quando vi sia una connessione fra la cosa che si ritiene e la pretesa che noi abbiamo, la legge ci permette, in certo modo, di farci giustizia da noi stessi, autorizzandoci a ritenere la cosa altrui, finchè il nostro credito non sia soddisfatto. Questo *jus retentionis* può essere esercitato specialmente per le spese sostenute per l' acquisto e conservazione della cosa che si detiene; pei danni sofferti in causa della cosa stessa; e inoltre, se si ha ricevuta la cosa in pegno, anche per una diversa pretesa, *ob chirographariam pecu-*

[1] Lib. 4, tit. 2, Dig. fr. 13. – Lib. 48, tit. 6, 7, Dig. – Lib. 4, tit. 15, *Inst.* § 6. – VERBA DECRETI (DIVI MARCI) HÆC SUNT: *Optimum est, ut si quas putes te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor es; et quum Marcianus diceret: vim nullam feci; Cæsar dixit: tu vim putas esse solum si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit; non puto autem nec verecundiæ, nec dignitati tuæ convenire, quidquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judicio temere possidere eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.* Lib. 48, tit. 7, Dig. fr. 7.

[2] Lib. 43, tit. 16, Dig. fr. 17.

[3] Lib. 4, tit. 2, Inst. § 1.

niam, dopo estinto il credito, pel quale il pegno era costituito. [1] Si richiede però sempre, che chi vuole esercitare il diritto di ritenzione, abbia la cosa in suo potere non per un titolo illegale; *cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentionis locus non est.* [2]

Fra i mezzi che possono giovare alla tutela dei nostri diritti possiamo altresì ricordare:

1. La *protesta*, ossia quella dichiarazione solenne colla quale taluno reclama contro una ingiustizia che crede gli venga usata. [3]

2. La *riserva*, ossia quella dichiarazione di volere conservati certi diritti, nell'abbandono di altri.

3. Le *cauzioni*, ossia le assicurazioni di un diritto, con fidejussione, con pegno o altrimenti. [4]

4. L'immissione nei beni del debitore, *missio in possessionem*, che si ottiene, mediante un decreto del pretore. Alla tutela dei diritti possono eminentemente giovare anche gli interdetti possessorii: e degli interdetti delle cauzioni, e delle immissioni in possesso, offriremo alcuni cenni sulla fine di questa parte generale.

Titolo Secondo.

PROCEDIMENTO GIUDIZIALE.

§ 96. Scopo del procedimento giudiziale.

Scopo del procedimento giudiziale è l'attuazione del diritto privato o del diritto pubblico. Laonde la processura può essere civile o criminale. [5]

[1] Lib. 10, tit. 3, Dig. fr. 14, § 1. - Lib. 13, tit. 7, Dig. fr. 8, pr. - Lib. 14, tit. 2, Dig. fr. 2. - Lib. 20, tit. 6, Dig. fr. 1, pr. - Lib. 47, tit. 2, Dig. fr. 15, § 2. - Lib. 47, tit. 9, Dig. fr. 8. - Lib. 8, tit. 27, Cod. L. un.

[2] *Nec si bona creditoribus ad fiscum pertineant.* Lib. 20, tit. 1, Dig. fr. 25.

[3] Lib. 11, tit. 7, Dig. fr. 14, § 8.

[4] Lib. 6, tit. 38, Cod. L. 3. - Lib. 36, tit. 3. Dig. fr. 1, § 18, fr. 6, § 1.

[5] Nei rapporti criminali si possono notare tre periodi distinti; il primo, dai primi tempi alla creazione delle *quæstiones perpetuæ*, nel 605 di Roma; il secondo, fino all'impero; il terzo, finn a Giustiniano. In quanto ad una processura amministrativa non avremmo altro a notare se non che, sotto il governo dei re e durante la repubblica, non vi erano magistrati particolari per pronunciare intorno alle contestazioni amministrative, e che soltanto ai tempi

Noi ci occupiamo solo della processura civile.

Quando un diritto privato viene contrastato, quegli, a cui appartiene il diritto, essendogli vietato di farsi giustizia da sè, deve invocare il soccorso delle autorità a questo scopo costituite.

Il procedimento giudiziale viene quindi sostituito a quelle vie di fatto, che altrimenti sarebbero seguite da colui, al quale compete il diritto contrastato.

§ 97. Giurisdizione e competenza giudiziaria.

Nelle più remote tradizioni di Roma il potere giudiziale non era riconosciuto come un potere distinto. Esistettero però sempre dei pubblici funzionari, che, in virtù dell'*imperium*, di cui erano rivestiti, avevano, fra le altre attribuzioni, anche quella della giurisdizione, *magistratus juri dicundo, qui jurisdictioni praeerant*, detti anche semplicemente, *magistratus*.

All'epoca dei re, questi ci si presenterebbero, come gli unici magistrati, che, nelle loro attribuzioni avessero pur quella di amministrare la giustizia ai cittadini romani, secondo le antiche consuetudini italiche, gli editti che si andavano pubblicando all'*Albo regio*, e le leggi curiate. Ma probabilmente erano i re, in questo ufficio, assistiti da alcuni senatori. Ad ogni modo, si può quasi con certezza asserire, che i re si saranno limitati a riconoscere, se il rapporto giuridico meritava o no una protezione, lasciando che altri, incaricati come giudici od arbitri, si occupassero della cognizione dei fatti, della loro verificazione, e della decisione di molte contestazioni. [1]

Fra le molte innovazioni, attribuite a Servio Tullio, è pure accennata quella della creazione di una particolare magistratura giu-

dell'imperatore Nerva troviamo un Pretore, specialmente incaricato di pronunciare intorno alle contestazioni fra il fisco ed i privati; troviamo più innanzi i *Procuratores Cæsaris* che più tardi prendono il nome di *Rationales* per le questioni concernenti il tesoro imperiale; e sotto Costantino, il *Comes rerum privatarum* e il *comes largitionum*. V. Böcking *Notitia dignitatum*.

[1] Cic. *de rep.* II, 21, V. 2. – Tit. Liv. 1. – Nel processo di Orazio, accusato di avere uccisa la sorella, Tullo Ostilio, se dobbiamo credere a Tito Livio, avrebbe ad altri deferita la decisione anche di questa causa criminale. Intorno alla giurisdizione dei Tribuni della plebe e degli Edili, V. Niebuhr. R. G. II.

diziale; e sino a lui si farebbero risalire i tribunali permanenti, che, più innanzi presero il nome di *centumviri.* E in vero, diviso il popolo in classi ed in centurie, vedesi naturale la creazione di una magistratura, che decidesse intorno alla proprietà quiritaria, di cui il censo serviva di base per la formazione delle centurie e per la collocazione dei cittadini in una classe superiore o inferiore. [1]

Poichè, abbattuta la dignità regia, rimase prevalente nella repubblica il potere degli ottimati, l'ufficio di amministrare la giustizia, che dianzi spettava ai re, passò ai Consoli, ai Decemviri ed ai Tribuni militari, *consulari potestate;* e in loro assenza, al *præfectus urbi.*

Anche i censori ebbero pure a sostituire i consoli nella amministrazione della giustizia; e in fine, intorno al 387 di Roma, essendo stati ammessi i plebei alla dignità consolare, fu nell'ordine patrizio costituito uno speciale magistrato, che, con una antica denominazione, si disse pretore, *prætor*, per amministrare la giustizia nella città di Roma, *ut in urbe jus diceret;* e, intorno al 507, fu pure costituito un altro magistrato, che, a distinguerlo dal *prætor urbanus*, si disse *prætor peregrinus*, per rendere ragione agli stranieri, seguendo il *jus gentium.* [2]

E, comunque i consoli ed altri magistrati e più specialmente gli edili, in certi casi, esercitassero un simile ufficio, la facoltà giudiziale, *jurisdictio*, fu, quasi esclusivamente, riconosciuta propria del Pretore.

La giurisdizione è la facoltà di dare determinazioni in conformità delle leggi e di farle eseguire [3]; e la natura e lo scopo di essa sono comprese nell'antica formola: *notio*, *vocatio*, *cognitio*, *judicium*, *executio*; e più brevemente nelle tre solenni parole: *do*, *dico*, *addico.* [4]

La giurisdizione si distingue poi in contenziosa, *contentiosa*, e volontaria, *voluntaria.* [5]

[1] V. Niebuhr R. G. - Walter Rg. - Cfr. Augustinus *de leg.* - Keller, R. Cp. - Esmarch Rg.

[2] La *jurisdictio* del *prætor urbis* dicevasi PROVINCIA URBANA, e l'ufficio del *prætor peregrinus* PEREGRINA PROVINCIA.

[3] *Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa videntur sine quibus jurisdictio explicari non potuit.* Lib. 2, tit. 1, Dig. fr 2.

[4] V. Ovid. Fasti 47. *(Dies) Ille nefastus erit per quem* TRIA VERBA *silentur.* - Macrob. *Saturn.* 1, 16.

[5] Lib. 1, tit 16, Dig. fr. 2. - *Jus dicentis officium latissimum est, nam et bonorum possessionem dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, judices litigantibus dare.* - Lib. 2, tit. 1, Dig. fr. 1. - Cfr. Lib. 1. tit. 21, Dig. fr. 1, 2, - Lib. 2, tit. 15, Dig. fr. 8, § 18, - Lib. 26, tit. 1, Dig. fr. 6, § 2.

È contenziosa, se l'autorità competente deve statuire intorno a diritti contrastati, dopo un dibattimento, a cui pone fine con una sentenza. La giurisdizione è volontaria, se il magistrato procede o pronunzia intorno a rapporti giuridici, sui quali non ha luogo una contestazione, come sarebbe intorno alle adozioni, alle emancipazioni, ecc.

Nella giurisdizione è compresa la *cognitio,* ossia la facoltà concessa al magistrato di decidere egli stesso la contestazione, *cognitio extraordinaria.* [1]

Dalla giurisdizione si distingue la competenza di un tribunale, che è la facoltà di esercitare la giurisdizione, che gli appartiene, in casi particolari, *forum.* E questa si determina da tre elementi, il territorio, la materia, le persone.

Un magistrato non ha giurisdizione che nel territorio che gli è assegnato. Fuori di esso, non è più che un semplice cittadino. *Extra territorium jus dicenti impune non paretur.* [2]

Un magistrato, che non ha giurisdizione nelle materie, alle quali l'affare appartiene, dicesi incompetente per ragione di materia; e se non ha giurisdizione sulla persona, cui l'affare risguarda, dicesi incompetente per ragione di persona; ed è poi determinata la competenza per ragione di persona dal domicilio del reo convenuto. *Actor rei forum sequi debet. — Ubi domicilium reus habet, ibi tantum eum conveniri oportet.* [3]

[1] Cfr. Puchta *Cursus der Inst.* II, § 175. - La *notio* designava la *jurisdictio* e la *cognitio.* Lib. 50 tit. 16, Dig. fr. 99.

[2] Lib. 2, tit. 1, Dig. fr. 20.

[3] Lib. 3, tit. 19, Cod. L. 3. - Lib. 3, tit. 13, Cod. L. 2. - *Evocari ex insula Cyprios non licet*, Cic. *ad Att*, V. 21. - Per altro, il *forum rei* può essere *forum originis* e *forum domicilii.*

Abbiamo già altrove notato come il *forum originis* si prendesse in una duplice applicazione; come per gli abitanti dei municipii Italici fosse *patria comune* Roma: e come l'origine si desumesse anche dal luogo di cui si fosse cittadino. Il *forum rei* riceveva ancora una estensione, quando lo stesso convenuto riconoscesse, come competente per sè, la magistratura di un altro luogo, il che dicevasi *forum prorogatum.* Intorno all'*origo* e al *domicilium* V. Savigny, VIII.

Nelle fonti è pure indicato il *forum contractus*, ossia il foro competente per il debitore, che, in un determinato luogo, avesse promesso di adempire la sua obbligazione, *quo solvenda est pecunia.* Lib. 13, tit. 4, Dig. fr. 1. - Lib. 42, tit. 5, Dig. fr. 3. - Lib. 44, tit. 7, Dig. fr. 1.

È pure cenno di un foro di amministrazione d'affari civili, di tutela, di mandato, e simili. Lib. 5, tit. 1, Dig. fr. 19. § 1.

Finalmente vi ha pure il così detto *forum rei sitæ*, nel cui territorio è situata la cosa immobile che è oggetto della contestazione.

Ma, con quali norme era determinata la competènza per ragione di persona e di materia, fra i vari magistrati, che, oltre il Pretore, avevano pure una qualche giurisdizione, sebbene, come dicemmo, fosse nel Pretore pressochè intieramente concentrata?

Il Pretore riconosceva, se il rapporto giuridico, sul quale l'attore appoggiava la sua pretesa, meritava o no una protezione. La causa era poi dal pretore deferita a un giudice, *judex*, o ad arbitri, col mandato di condannare o assolvere il reo convenuto, a norma che il fatto era dall'attore provato o no. Ma quali cause erano deferite ad un giudice? quali ad arbitri? quali cause erano deferite ai *recuperatores*, che vediamo figurare a lato del *judex* e degli arbitri? quali cause erano deferite ai centumviri? quali ai decemviri? Sul centumvirato si ebbero varie illustrazioni da dotti scrittori, ma molte incertezze rimangono ancora intorno a questa magistratura. Pare, ad ogni modo, doversi ammettere che fossero di competenza dei centumviri le *actiones* in *rem*, ossia le *vindicationes*, le questioni intorno alle successioni, l'*hæreditatis petitio*, la *querela inofficiosi testamenti* e quelle cause che potevano avere un nesso coi diritti di agnazione e di gentilità; [1] che ai decemviri fossero deferite le cause di libertà, e di cittadinanza; e fossero dessi chiamati a presiedere le sessioni centumvirali; [2] che il *judex* fosse nominato nelle questioni rigorose di diritto civile; [3] gli arbitri, in quelle cause, nelle quali era lasciato un più largo campo alle decisioni, secondo i principii dell'equità; oppure in quelle cause, nelle quali erano richieste cognizioni tecniche, come sarebbe oggigiorno, nei nostri giudizii dei periti; ovveramente, in quelle cause, nelle quali occorresse assai più

[1] Cf. Cic. *de Orat.* 1, 38, 56, e Gaii *comm.* IV 95. - Keller R. C. e Rudorft R. R.; Esmarch R. G. e Laferrière *hist. de droit.*

Il tribunale centumvirale era diviso in sessioni che ora giudicavano separate, ora riunite; e in ogni sessione dovevano essere sette giudici almeno. Da qui gli *septemviralia judicia*, di cui al Libro 5, tit. 2, Dig. fr. 7, 28, 31.

[2] Cfr. Tit. Liv. III. 55. - Cic. *pro Caec.* 33,

[3] Il Pretore pubblicava ogni anno all'*Album* i nomi dei cittadini, che avrebbero potuto essere chiamati all'ufficio dei giudici.

All'epoca di Augusto, sappiamo che per questo ufficio figuravano all'*Album* Senatori, Cavalieri con censo senatorio, Cavalieri con censo minore, di soli 200 serterzi *(ex inferiore censu)*; e queste classi di giudici furono aumentate da Caligola e da Galba. L'ufficio di giudice era sotto gli imperatori considerato più un onere che un onore; tanto che erano ammesse varie *excusationes*. - V. Krebs *de jud. Rom. Decur.* - Marquardt *Hist. equit. Rom.*

l'ufficio di mediatori, di conciliatori, per le molte differenze in rapporti di fatto assai intralciati, che non l'ufficio d'un giudice. [1] Pare finalmente che i *recuperatores* fossero più specialmente incaricati dal *prætor peregrinus* a decidere le liti tra i forestieri e tra i cittadini romani, ed i forestieri, secondo il *jus gentium*; e che inoltre innanzi a loro la procedura fosse sommaria e più spedita. [2]

Fuori di Roma, la giustizia era amministrata dai magistrati municipali agli abitanti dei rispettivi municipii, *duumviri; quatuorviri juri dicundo;* [3] ma essi magistrati municipali non avevano alcun *imperium*. Da qui la triplice distinzione di magistrati aventi l'*imperium* e non la giurisdizione, e quindi un *imperium merum*; di magistrati aventi l'*imperium* con una giurisdizione, e quindi l'*imperium mixtum*; [4] e finalmente di magistrati aventi una giurisdizione e non un *imperium*, come ora dicevamo essere dei magistrati municipali. [5]

[1] V. Puchta *Instit.* II. – Schilling III. – Fra gli arbitri notavansi più specialmente i *sequestri*, presso i quali era depositata la cosa in contesa, fino allo scioglimento di essa. Abbiamo anche in Virgilio *pacis sequester*, giudice di pace, conciliatore. – Lib. 4, tit. 8, Dig. fr. 11, § 2. – Lib. 16, Dig. tit. 3, fr. 6, 17. – Il sequestratario nostro non ha che comune l'etimologia col *sequester* dei Romani.

[2] In origine l'istituto dei *Recuperatores* apparteneva al diritto, che oggigiorno chiamiamo internazionale. *Reciperatio est, ut ait Aelius Gallus, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque....* Festus. – Ai tempi di Cicerone ai *reciperatores* erano demandati alcuni processi di cittadini romani, che dovessero essere decisi colla massima speditezza.

[3] *Lex de Gallia Cisalpina*, 20. CC... DUUMVIR, QUATUORVIR, PRÆFECTUSVE ITA IUS DICITO, JUDICIA DATO, JUDICARIQUE, JUBETO.... JUDICIUM DET ITAQUE *judicare jubeat: judex fiat.....*

[4] *Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur.* Lib. 2, tit. 1, Dig. fr. 3. Il *jus gladii* non poteva da un magistrato delegarsi ad un terzo.

Mixtum, est imperium cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi facultas. Ibid

[5] *Ea, quæ magis imperii sunt, quam jurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei servandæ causa juberi possidere aut dotis servandæ causa, vel legatorum servandorum causa.* – Lib. 50, tit. 1, Dig. fr. 26. Cfr. Lib. 7, tit. 1, Cod. L. 1. – Lib. 8, tit. 49, Cod. L. 6. – Lib. 1, tit. 56, Cod. L. 2.

Per alcuni luoghi è cenno anche di *Aediles juris dicundo*, in altri di *præfecti juris dicundo*. – Durante l'Impero ebbero in Roma l'esercizio della giurisdizione gli stessi imperatori ed i loro *præfecti urbi* e *præfecti prætorio*. – Lib. 1, Cod. tit. 19, 20, 21. – Lib. 49, tit. 1, Dig. – Gli imperatori giovavansi del loro *consilium* o *consistorium*, o nominavano uno speciale *judex delegatus*. Lib. 49, tit. 3, Dig. fr. 3. – Lib. 2, tit 7, Cod. Th. L. 1. – Lib. 11, tit. 30, L. 16. – Lib. 1, tit. 19, Cod. L. 1. – Nelle città italiche ebbero più innanzi una

Collo estendersi delle conquiste fuori d'Italia, fu nelle provincie l'amministrazione della giustizia compresa nelle attribuzioni dei governatori, che erano ordinariamente magistrati, che avevano compiuto l'anno della propria magistratura in Roma, e *pro prætore, pro consule fungebantur.* I governatori delle provincie, durante l'inverno, percorrevano il territorio loro assegnato, onde tenervi corti di assise che prendevano il nome di *conventus.* Le cause di minore importanza, *humiliora negotia,* erano di competenza, a quanto pare, degli *judices pedanei,* per mandato degli stessi governatori. [1]

TITOLO TERZO.

PROCEDIMENTO CIVILE ROMANO NEI VARI PERIODI.

§ 98. *Legis actiones*; *ordinaria judicia*; *extraordinaria judicia.*

Tre sistemi di procedimento possono distinguersi nei vari periodi istorici di Roma: un primo sistema di procedimento, in quello delle *legis actiones*: un secondo sistema, nel procedimento formolare, ossia dell'*ordo judiciorum civilium*: un terzo sistema, in quello dei giudizii straordinarii, *extraordinaria judicia.*

Ad ogni modo, in questi vari periodi, la procedura fu pubblica sempre. Nei primi tempi in Roma aveva luogo in una parte del foro detta *comitium.* Quivi era collocata la sedia curule del magistrato supremo. Più innanzi, il magistrato non amministrò di regola la giustizia che in basiliche, o consimili edifizii, *auditorium, tabularium, secretarium*; ma a porte aperte al pubblico. La *jurisdictio* era però circoscritta, ai *dies fasti,* 40 all'incirca in un anno. La massima parte

giurisdizione i *consulares juridici;* i *correctores.* Lib. 1, tit. 18, Dig. fr. 20. – Ai tempi di Costantino abbiamo i *Duumviri*; e, superiori ad essi, i *præsides provinciarum*; quindi il *Vicarius*, capo della Diocesi; poi il Prefetto del Pretorio; in fine la giurisdizione degl'imperatori. Dovremmo pure ricordare il *defensor civitatis*, magistrato creato intorno al 365, e la così detta *audientia episcopalis*, alla quale uno dei contendenti poteva riportarsi ed obbligare ad essa l'avversario.

[1] *Quædam sunt negotia in quibus superfluum est moderatorem expectare provinciæ ideoque pedaneos judices (hoc est qui negotia humiliora disceptant) constituendi damus præsidibus potestatem.* Lib. 3, tit. 3, Cod. L. 2. 3.

dei giorni erano *comitiales*; e intorno a 60 erano giorni *nefasti*. Nei *comitiales*, *jus non dicebatur*, se erano adunati i comizii.

Nei nefasti, *jus dicebatur*, soltanto nei processi *de vi publica* e nelle cause militari. Ai tempi di M. Aurelio i giorni giudiziali erano intorno a 230. La trattazione della causa era generalmente orale; e la lingua usata fu la latina sempre. Solo nell' impero orientale, si riconobbe anche l' uso della lingua greca. [1]

§ 99. Primo sistema di procedimento. *Legis Actiones.*

Per cominciare un processo è necessaria la presenza delle due parti contendenti, innanzi il magistrato, *in jure*. [2]

L'attore, *actor*, *petitor*, per ottenere la presenza del convenuto, *reus*, gli fa una personale intimazione a volere comparire innanzi il magistrato, *in jus vocatio*. [3] Il citato, *vocatus* è obbligato a seguire l'attore, che deve però prestargli un mezzo di trasporto, quando esso *vocatus* ne abbia bisogno per motivo di salute. Se il *vocatus* si rifiuta, l'attore, fatto constare il diniego con testimoni, può far uso della forza contro il contumace. [4] *Si in jus vocat, ni it antestator; igitur em capito. Si calvitur pedemve struit: manum endojacito. Si morbus aevitasque vitium escit, qui in jus vocabit jumentum dato; si nolet arceram ne sternito.* [5]

In difetto di testimoni, può farsi innanzi alla casa del chiamato,

[1] Lib. 7, tit. 45, Cod. L. 12. - V. Lib. 2, tit. 12, Dig. fr. 1, 9. - Lib. 49, tit. 4, Dig. fr. 1, § 8. - Lib. 42, tit. 1, Dig. fr. 48. - V. Grellet-Dumazeau, *le Barreau romain*.

[2] Durante il sistema delle *legis actiones*, i contendenti dovevano, per regola, presentarsi in persona per le solenni parole e sacramentali forme di cui si doveva fare uso. - *Nemo alieno nomine lege agere potest* - Lib. 50, lit. 17 Dig. fr. 123. - In via di eccezione era ammessa la facoltà di farsi rappresentare nelle cause *pro populo; pro libertate; pro tutela;* nell'*actio furti*. - Intorno agli *advocati, patroni, pragmatici, causidici*; - V. *Introduz. allo studio del d. r.* § 91.

[3] La *vocatio in jus* non poteva aver luogo che sulla pubblica via essendo considerato inviolabile il domicilio. - Fra le limitazioni alla *vocatio in jus* è pure a considerarsi quella che riguardava gli ascendenti, i patroni e i figli dei patroni che non potevano esser chiamati innanzi al magistrato che previa una permissione accordata dal magistrato stesso all'attore.

[4] L'*antestatio* aveva luogo toccando nello stesso tempo per maggiore ricordanza al testimonio *imam aurem*.

[5] XII TAB.

una intimazione pubblica, che dà ancora il diritto all'uso della forza.

Il chiamato può non seguire l'attore, se presenta un mallevadore, *vindex*, che assuma la lite per lui. [1] Più innanzi, si sostitui al *vindex* una garanzia comune. Anche la *in jus vocatio*, per parte dell'attore, cadde col tempo in dissuetudine, e vi si sostitui una intimazione da parte del magistrato a comparire innanzi a lui, sotto comminatoria di pene pecuniarie o di altri mezzi compulsivi, in caso di inobbedienza. Comunemente però i contendenti si obbligavano essi stessi, mediante una cauzione, *vadimonium*, a presentarsi davanti al magistrato. [2] Ad ogni modo, quegli che lasciava cadere deserta la comparsa, siccome *indefensus*, e contumace rimaneva soccombente nella causa, poichè questa era dallo stesso pretore decisa in favore della parte comparente, *secundum præsentem*.

Presentandosi le parti innanzi al magistrato, aveva luogo la trattazione della causa, che, nel primo periodo avveniva appunto sotto l'osservanza di formalità sacramentali, di atti simbolici, di verbali formole, rigorosamente determinate, che chiamavansi *legis actiones;* e perchè derivanti dalle leggi, *quod legibus proditæ erant*, e perchè dovevano conformarsi, negli elementi essenziali che erano il fondamento della contestazione giuridica, alle parole prescritte dalle leggi sotto la comminatoria di perdere la causa per qualunque inosservanza delle prescritte formalità, *quia ipsarum legum verbis accomodatae.* [3] Quegli, per esempio, che intentando una causa di indennità, per viti stategli tagliate, avesse nella sua dimanda usato l'espressione, VITI, *agendo de vitibus succisis*, perdeva la causa, perchè avrebbe dovuto usare l'espressione generica, ALBERI, ed agire *de arboribus succisis*.

Il giureconsulto Gajo, dal quale togliamo le nozioni sopraccennate, ci mostra come vi avessero cinque *legis actiones;* tre delle quali riferivansi alla trattazione delle cause, e due ai mezzi di esecuzione.

[1] *Assiduo* (dovizioso) *vindex assiduus esto, proletario, cui quis volet, vindex esto.* - L. XII. TAB. - *Vindex est, qui alterius causam suscipit vindicandam, veluti quos nunc procuratores vocamus.* Cic. Top. 2.

[2] *Vadimonium a vadari.* - *Debere tu dicis Quinctium, procurator negat; vadari vis, promittit.* Cic. *Vadari reum tot vadibus.* Tit. Livio.

[3] Cf. Keller *Civ. proc.* § 12 e seg. - Böcking. *Abr. der Instit. des romisch. Privatr.*

Lege agebatur modis quinque: sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem. [1]

§ 100. *Sacramenti actio.*

La prima di queste *legis actiones* che contiene in sommo grado il simbolismo materiale del sacerdozio prevalente era la *sacramenti actio*; *actio generalis*, che aveva luogo in tutti i casi, in cui non fosse stabilita una diversa procedura. [2]

Caratteri essenziali di questa azione e da cui l'azione stessa prendeva il suo nome, erano la prestazione di un giuramento, all'introduzione della causa, ed un deposito di danaro che i contendenti dovevano fare, originariamente, in un luogo sacro, *in sacris*. [3]

La tassa da depositarsi era di 500 o di 50 assi; di 500 per le cause il di cui oggetto fosse valutato mille assi o più: e di 50 assi per le cause il di cui oggetto avesse un valore minore di mille assi. [4] Se la causa poi era intorno alla libertà di un uomo, benchè quest'uomo fosse stimabilissimo, il deposito non era che di 50 assi, onde quelli che riclamavano la libertà non fossero aggravati da una cauzione troppo onerosa. [5] La causa assumeva, per così dire, la forma di una scommessa intorno alle pretese, esposte al magistrato, e sotto questa forma si decideva da quale delle parti era *justum* o *injustum* il *sacramentum*; e in tal modo decidevasi il vero punto

[1] Gaji *comm.* IV, 12. – *Legitima actio, legitimus actus* è altresì un atto civile col quale le parti mediante la cooperazione del magistrato, in giurisdizione non contenziosa, costituiscono, mutano o tolgono un rapporto giuridico. Cf. Lib. 50, tit, 17, Dig. fr. 77, V. Keller, *Civilpr.* § 12. - Krug, *über di legis uct. und das Cviralgericht.*

[2] Keller *Civilproc.* § 12. – Puchta. *Instit,* § 161. – Asverus, *Leg. act. sacr.* – Danz, *der sacrale Schutz.*

[3] Varrone (I, V) dice che il deposito facevasi *ad Pontem* (*ad Ponteficem?* ovveramente *ad Pontem Sublicium*, come vorrebbe Müller?)

[4] *Minimo me provocat* in Orazio *Sat.* I, 4, 14.

[5] *Poena autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria; nam de rebus mille aeris plurisve quingentis assibus, de minoris vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur; nam ita lege XII Tabularum cautum erat. At si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut* L *assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est favoris, ne onerarentur adsertores.* Gaji *comm.* IV § 14.

della contestazione. [1] La parte soccombente perdeva così la somma depositata, che cadeva a vantaggio dell'erario: *summa sacramenti in publicum cedebat;* [2] e vuolsi che più specialmente fossero impiegate tali somme nelle spese di culto, *in rebus divinis.* [3] Parrebbe, che, colla *sacramenti actio*, si avesse lo scopo di assicurarsi anche della sommessione dei contendenti alla sentenza che dai centumviri, dai decemviri, o da un solo giudice, a cui fosse stata la causa deferita dal Pretore, sarebbe stata pronunziata. [4]

In appresso non fu più richiesto il deposito effettivo del danaro; ma il Pretore si accontentava di mallevadori che ne garantissero il pagamento nel caso della perdita della causa; *prædes sacramenti.* Per la *lex Papinia* l'esazione di queste somme era poi demandata ai *triumviri capitales.* L' *actio sacramenti* presentava, nella sua applicazione, delle particolari formole, secondo che trattavasi di un diritto personale, ovveramente del diritto di proprietà. Per un diritto personale, la formola non è che di congettura, non essendoci indicata dai commentarj di Gajo. [5] Nel caso che si reclamasse un diritto di proprietà, il processo, dopo la *vocatio in jus,* incominciava sotto le apparenze di una lotta, che forse in origine, era lotta reale, quale potè essere il duello giudiziario nel medio evo. [6] Ciascuno dei contendenti presentavasi munito di una *vindicta*, l'asta simbolica della proprietà. Se la cosa era mobile, questa doveva essere pre-

[1] V. Keller, *Civilproc.* Jhering, *Geist.* 1. - Cfr. Stintzing *das Verhältniss der Leg. act. Sacram. zu dem Verfahren durch sponsio praeiud.* - Danz, *der sacrale Schutz*

[2] Gaji *comm.* IV, § 13, 16.

[3] *Festus.* V. *Sacramentum.*

[4] Al § 15, del lib. IV, di Gajo leggesi *** *ad judicem accipiendum venirent. Postea vero reversis dabatur post diem XXX judex, idque per Legem* PINARIAM *factum est; ante eam autem legem* *** *dabatur judex.* - Quest'ultima lacuna è variamente riempiuta con un « *confestim.* » (Butim.) « *statim* » (Holweg), con un « *nondum* » (Heffter) *dabatur judex* - Secondo Mommsen dovrebbesi il succennato passo leggere nel seguente modo « *Postea reversis dabatur die X vel XXX judex, idque per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem (semper die XXX) dabatur judex.* - Il giudice doveva esaminare la causa non oltre il terzo giorno, *dies comperendinatus*, dopo la *litis contestatio. Res comperendinata significat iudicium in tertium diem constitutum. Festus.* - Presso il giudice aveva luogo un riassunto della questione *causæ conjectio; causae collectio,* quasi *causae in breve coactio,* quindi le *perorationes* delle parti, l'audizione dei testimoni è in fine la decisione intorno al *justum sacramentum.*

[5] V. Rudorff R. G. II, *Rechstpflege* § 21.

[6] Giraud *Hist. de droit romain.*

sentata in giudizio; e l'attore *ipsam rem apprehendebat*, pronunziando le espressioni: *hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse ajo*: e quindi, a decidere il contrasto delle pretese, aveva luogo, per parte dell'attore, la provocazione *sacramento*: D. *aeris sacramento te provoco*, a cui il reo convenuto rispondeva: *similiter ego te*. Il Pretore poi costituiva uno dei contendenti quale possessore interinale della cosa mediante una cauzione che assicurasse alla fine del processo la restituzione della cosa coi frutti. *Postea prætor secundum alterum eorum vindicias* [1] *dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat eumque jubebat prædes adversario dare litis et vindiciarum id est rei et fructuum*. Se la causa era intorno alla pretesa schiavitù di un uomo, che attualmente fosse *in libertate*, le *vindiciæ* erano in favore della libertà. [2]

Nella rivendicazione di cose immobili aveva luogo in origine un' altra formalità, detta *deductio*. La lotta; *manuum consertio*, succedeva sul fondo stesso che era l'oggetto della contesa; e poi le parti si recavano innanzi al Pretore per la provocazione *sacramento*, Quindi fu sostituita la gleba simbolica; ed avanti il magistrato avevano luogo le formalità che dinanzi erano esaurite sul fondo.

Dobbiamo notare che, prima ancora che al sistema delle *legis actiones* fosse sostituito il procedimento formolare, il sistema del *sacramentum* era già stato modificato in due modi: 1.° colla *sponsio*, 2.° colla *formula petitoria*. Colla *sponsio*, al *sacramentum* era sostituita la *stipulatio*. Laonde il punto di questione si riduceva all'esame se dovevasi o no la somma stipulata. *Si homo, de quo agitur ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?* La *sponsio* poteva essere o *præjudicialis* o *pœnalis*. L'utilità della *sponsio* consisteva nel conservare il possesso della cosa. La formola *petitoria* è quella che, introdotta dai pretori per semplificare sempre più la procedura, finì ad essere il sistema prevalente nel procedimento formolare.

[1] *Vindiciæ* (da *vim dicere?*) esprimono il possesso interinale che dal magistrato si concede ad uno dei contendenti. Da qui le espressioni *vindicias dicere, ferre, petere, postulare*. – Anche l'oggetto della causa viene sotto la denominazione di *vindiciæ*.

[2] È noto, come la caduta dei Decemviri, sul principio del secolo quarto di Roma, sia stata provocata dal giudizio di Appio Claudio, con cui nel processo di Virginia deciso: *dare se vindicias secundum servitutem*. Tit. Liv. Lib. 3.

§ 101. *Actio per judicis postulationem.*

La seconda delle *legis actiones* era la *legis actio per judicis postulationem.*

Nell'*actio per sacramentum* la causa era deferita ai Centumviri o ai Decemviri e in alcuni casi ad un cittadino scelto fra i patrizj, a cui si impartiva il mandato di *judex.* [1] Nella *legis actio per judicis postulationem* era invece una più numerosa classe di processi, che in forma economica, era deferita per la decisione o ad un giudice o ad arbitri. [2] In questa *legis actio* non aveva luogo il deposito di una somma di danaro, *sacramentum.* Del resto notizie particolareggiate mancano intorno a questa azione, non avendosi il soccorso dei commentarj di Gajo, per essere illeggibile la pagina 192 del codice veronese, la quale doveva risguardare questo argomento. [3] Pare, ad ogni modo, che questa azione valesse nei vari casi in cui l'obbligazione non fosse per una cosa certa, ma in cui si trattasse di obbligazioni reciproche, delle quali si dovesse tener conto nella decisione, *salva fide,* e che più tardi si dissero, in altro sistema di procedura, *actiones bonae fidei.*

§ 102. *Legis actio per condictionem.*

La terza delle *legis actiones* è la *legis actio per condictionem,* avente una grande analogia colla precedente *legis actio per judicis postulationem.* [4]

[1] *Quæ jure magistratus competunt, mandari possunt.* Lib. 1, tit. 21, Dig. fr. 1.

[2] Forse le *actiones familiæ erciscundæ; communi dividundo; finium regundorum; aquæ pluviæ arcendæ; l'arbitrium* contro un possessore interinale, che avesse abusato delle *vindiciæ; l'actio ad exhibendum, l'arbitrium* per liquidare i conti di una tutela? Alcuni vorrebbero la *legis actio per judicis postulationem* un compimento della *legis actio sacramento.* Questa riguarderebbe gli *judicia*; quella gli *arbitria* Ma da altri si pone in dubbio che l'equità degli *arbitria* avesse già una sì grande prevalenza nei più antichi tempi da costituire per sè stessi una classe principale di processi Cfr. Keller *Civil. proc.* § 17 e Rein *das Privatrecht und der Civil. proc der Röm.* Lib. 6, cap. 6.

[3] A noi non è pervenuta che la formola « *Te Prætor judicem arbitrumve postulo uti des* ». Val. Prob.

[4] Noi non facciamo un cenno delle *legis actiones* in ordine cronologico; ma secondo lo scopo di esse. Infatti queste tre azioni sono differenti forme di procedura per ottenere una

Nella *legis actio per condictionem*, come già il senso appare dalla espressione, *condictio*, *denuntiatio*, l'attore intimava al proprio debitore, *in jus*, a volere presentarsi nel trentesimo giorno dopo l'intimazione stessa innanzi al magistrato, per la designazione di un giudice, *ut ad judicem capiendum die tricesimo adesset.* [1]

In questa *legis actio* non avevano luogo le formalità dell' *actio sacramento* e la causa era trattata in modo assai più spedito che non coll'actio *per judicis postulationem.* Pare, che questa procedura sommaria si fosse stabilita da una *lex Silia*, pei casi, in cui l'attore chiedeva il pagamento di una somma determinata di danaro, *pecunia certa*, e che la stessa procedura sommaria si fosse poi estesa, per la *lex Calpurnia*, anche ai casi, in cui l' attore reclamava, non una somma di danaro, ma una cosa determinata, qualunque *res certa. Hæc autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certæ pecuniæ, lege vero Calpurnia de omni certa re.* [2]

§ 103. *Legis actio per manus injectionem.*

La *legis actio per manus injectionem* si risolve in una esecuzione personale, ossia nella privata cattura del debitore fatta dal creditore; e questa poteva essere di tre specie: *manus injectio judicati*; *manus injectio pro judicato*; *manus injectio pura. Judicati;* in base ad una sentenza: *pro judicato;* sotto tali condizioni giuridiche per le quali

decisione della controversia. Le altre due seguenti offrono i mezzi di esecuzione. Nell'ordine cronologico la *legis actio per condictionem* sarebbe la più recente, essendo di ben due secoli posteriore alle XII Tavole, mentre le altre azioni *per manus injectionem*, *per pignoris capionem*, sono anteriori alle XII Tavole.

[1] Gaji *comm.* IV, 18. - M. Ortolan in quello stile sempre elegante ed immaginoso che lo distingue e con cui ha esposte anche le istituzioni di Giustiniano, intorno a queste tre *legis actiones* si esprime in questa forma: *Dans le système des actions de la loi, elle est (actio sacramenti) le type, l'institution première et centrale; les deux autres n'ont été que deux satellites, produits de ses échancrures et disparus avant elles.*

[2] Gaji *comm.* IV, 19. - Era affatto naturale, che la *lex Silia* e la *lex Calpurnia* per la maggiore economia e per la prevalenza che hanno sempre le istituzioni progressive di fronte alle vecchie istituzioni rendessero infrequentissima l'*actio sacramenti*, sino a porla affatto in dissuetudine. La legge Ebuzia e le successive leggi Giulie ci si presentano quindi una necessità logica nell'ordine dei fatti e delle idee.

il debitore fosse pareggiato ad un *judicatus*: [1] *pura*; in certi casi speciali.

In massima adunque, se il debitore non adempiva all'obbligazione sua in base al *judicatum*, il creditore aveva il diritto [2] di impadronirsi di lui, afferrandolo colle mani, *obtorto collo*, e poichè eragli stato aggiudicato, *addictus*, dal pretore, di condurlo alla propria casa e di tenerselo come schiavo. In questo stadio di esecuzione il debitore non poteva più difendersi che col mezzo di un mallevadore, *vindex*; e solo con questa garanzia avrebbe potuto evitare di essere *addictus* al creditore. [3]

La *legis actio per manus injectionem*, estesa ad altri casi, fuori di quelli sopraccennati, *judicati* e *pro judicato*, è quella che è detta *pura*.

Gajo nei suoi commentarj ricorda intorno a questa estensione una *lex Marçia*; ricorda pure un'altra legge, di cui non fu possibile decifrare il nome, e che dal predicato *testamentaria* si suppone la *lex Furia testamentaria*. [4] In seguito per una legge di cui pure non apparisce il nome, fu permesso a tutti quelli contro i quali si agiva *per manus injectionem* di respingere questo mezzo e di agire direttamente, eccetto per l'esecuzione di un *judicatum* e per il rimborso di ciò che uno *sponsor* avesse pagato per la liberazione del suo mallevato. [5]

§ 104. *Actio legis per pignoris capionem.*

L'ultima delle *actiones legis* sarebbe la *pignoris capio* con un sequestro delle cose spettanti al debitore, che il creditore poteva ef-

[1] *Confessus in jure, damnatus lege, nexu, testamento.*

[2] *Per manus injectionem aeque (de) his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur lege Aqlia* (Aquilia?) *cautum est: veluti judicati lege XII tabularum.*

[3] *Quod tu mihi judicatus sive damnatus es sestertium X milia, quæ dolo malo non solvisti ob eam rem ego tibi sestertium X milium judicati manus inicio*, Gaji *comm.* IV, 21.

[4] Gajus IV, 23. - L'attore in luogo di dire: *Tibi pro judicato manum inicio* diceva soltanto: *ob eam rem tibi manum inicio. Ibid.* § 24.

[5] *Sed postea lege····* (Villia? Velleja? Valgia? Aquilia?) *excepto judicato et eo pro quo depensum est ceteris omnibus cum quibus per manus injectionem agebatur permissum est sibi manum depellere et pro se agere.* Gajus IV, 25.

fettuare anche assente il debitore stesso e indipendentemente dall'intervento del magistrato, *extra jus*. [1] Era una specie di procedura privilegiata, di cui potevano giovarsi alcuni creditori, e che per una legge di cui nei commentarj di Gajo non leggesi compito il nome, fu concessa anche ai gabellieri, *publicani*, contro i debitori delle pubbliche gravezze, *vectigalia*. [2]

§ 105. Secondo sistema. Procedimento formolare. *Ordo judiciorum civilium.*

Intorno alla fine del secolo sesto di Roma una *lex Aebutia* abolì le *legis actiones*, eccetto che per le cause di competenza del magistrato centumvirale. [3]

Le leggi Giulie poi confermarono il disposto della *lex Aebutia*, e si ebbe un nuovo regolare sistema di procedura, che fu detto *formolare*, da certe istruzioni, *formulæ*, che erano impartite dal magistrato al giudice per l'esame della causa a lui deferita per pronunciare una decisione intorno ad essa. Mentre adunque, anteriormente alla *lex Aebutia*, la parte sostanziale della procedura era compresa nelle *legis actiones*, dopo la *lex Aebutia* e le *leges Juliæ*, l'essenza della lite era rappresentata dalla *formula*; e fu nel libero svolgimento di queste *formulæ*, emancipate dai vincoli sacramentali delle antiche *legis actiones*, che i sommi giureconsulti segnarono un vero progresso nel nuovo sistema di civile procedura. [4]

[1] Poichè la *pignoris capio* avveniva indipendentemente dal magistrato, *apud quem legis actio erat*, a ragione si poteva dubitare fra i giureconsulti romani, se questa fosse veramente una *legis actio*. Gaji *comm.* IV, § 26, 29.

[2] *Item lege**** ORIA (PLAETORIA? Göschen; CENSORIA? Dirksen; THORIA? Klenz; PRAEDIATORIA? Mommsen;) *data est pignoris captio publicanis vectigalium publicorum populi romani adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent*. V. Gaji *comm.* IV, § 28.

[3] *Omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc jura condiderunt eo res perducta est ut vel qui minimum errasset litem perderet.* – Gaji, *comm.* IV, 30. – É incerta l'epoca precisa della *lex Aebutia*. Comunemente è ritenuta del 520 di Roma. Alcuni la vorrebbero invece del 577 ed altri del 583. – In questi anni trovansi tribuni col nome *Aebutius*. Si dovrebbero preferire però le ultime di queste date, perchè parrebbe del 510 la *lex Silia* che crea la *condictio*, del 520 la *lex Calpurnia* che estende l'*actio legis condictio*, del 552 il *Jus Aelianum* che è ancora un libro intorno alle *legis actiones*. In quanto alle *leges Juliæ*, posteriori alla *lex Aebutia* di più d'un secolo, credesi l'una di Giulio Cesare intorno al 708 di Roma e l'altra di Augusto intorno al 729.

[4] *Per legem Aebutiam et duas Julias sublatæ sunt istæ legis actiones, effectumque est,*

Anche in questo sistema la causa incomincia sempre dalla citazione, o per mezzo di un atto stragiudiziale, *in jus vocatio*, o con una intimazione fatta col ministero del magistrato, per mezzo di uscieri, *viatores*, la quale intimazione più tardi è poi accompagnata dal sunto della dimanda, *litis denuntiatio*.

Dinanzi al magistrato l'attore deve esporre la sua dimanda; *actionem edere*; e se [1] il convenuto confessa, il processo non ha un seguito ulteriore; *confessus in jure pro judicato habetur*.

Se egli ha contraddizioni od eccezioni da opporre, risponde, facendo l'enunciazione de' suoi mezzi di difesa, ovvero chiede una proroga, *dilatio*, che il magistrato concede mediante una cauzione, proroga che naturalmente viene accordata anche quando nella stessa seduta non sia possibile ultimare l'esposizione delle ragioni rispettive. Le parti si garantiscono a vicenda di ricomparire al contraddittorio riaggiornato; e quando una parte avesse a cadere in contumacia, *vadimonium deserere*, perderebbe la somma data in cauzione, oltre subire anche più gravi conseguenze, tra cui la *manus iniectio*. Se poi taluno tenendosi dolosamente nascosto procurava di evitare la *in jus vocatio*, il Pretore accordava per costringere il contumace la *missio in bona* al creditore, e persino la vendita dei beni del debitore stesso contumace. Poichè il contraddittorio fra i contendenti è ultimato, il Pretore riassume la discussione, nota le principali ragioni in favore e contro l'uno e l'altro dei contendenti, *actio et*

ut per concepta verba id est PER FORMULAS, *litigaremus*. Gajus. IV, § 20. - Cfr. Keller, *röm Civilproc*. § 23 e seg. - In questo secondo sistema di procedura è ammessa la facoltà nelle parti di farsi rappresentare da altri; in origine, sotto molti vincoli che però col tempo si allargano sempre più; ed erano questi rappresentanti che prendevano il nome di *cognitores, procuratores*. V. Gaji *comm*. IV, § 83, 97.

Il *procurator* doveva nella qualità di attore prestare cauzione: *amplius eo nomine neminem petiturum*, e più tardi, *ratam rem dominum habiturum*; come reo convenuto doveva il procuratore poi garantire *judicatum solvi*. V. Gaji *comm*. IV, 84, 98, 100. - Lib. 46, tit. 8, Dig. fr. 14, 15, 23. - Lib. 49, tit. 1. fr. 4, § 5.

[1] Dall'*actionis editio* distinguesi l'*actionis postulatio*, che poteva avere luogo sino alla *litis contestatio*. E l'*actio edita* poteva appunto essere mutata od emendata sino alla *litis contestatio*. Lib. 2, tit. 1, Cod. L. 3. Ognuno vede come nell'*actionis postulatio* una *plus petitio* o una *minus petitio* poteva essere fonte di gravi conseguenze per l'attore nelle azioni rigorose. Se Aulo Agerio chiedeva dieci aurei in luogo di novo che avesse di credito, il giudice giusta la formola; SI PARET, NUMERIUM NEGIDIUM X DEBERE; avrebbe risposto: NON PARET. L'attore avrebbe perduta la causa; e quando avesse voluto riproporla gli si sarebbe opposta l'*exceptio rei judicatæ*.

exceptio, ed espone nello stesso atto, *formula*, la questione, che deve essere decisa dal giudice del fatto, nel quale le parti stesse contendenti convengono, sia col nominarlo, *judicem sumere*; sia col non ricusare, *rejicere*, come ne avrebbero il diritto, quello designato dal pretore. [1] In tal modo le parti si sottopongono al giudizio, *judicium accipiunt*, chiamando i presenti siccome testimonii, *testes estote*, della propria dichiarazione. Da qui l' espressione, *litis contestatio*, per indicare che presenti i testimonii la procedura innanzi al Pretore, *in jure*, venne ultimata: e che la causa era demandata per la decisione e secondo la natura della medesima o ad un tribunale permanente, i centumviri, i decemviri, o ad un giudice scelto nell' *album* ufficiale, o ad arbitri presi fuori dell'*album* tra persone perite, dotate di una particolare esperienza e di speciali cognizioni tecniche. [2]

Nella formola il Pretore ordina al giudice di assolvere o condannare il reo convenuto, secondo le risultanze dei fatti e delle prove, che saranno prodotte avanti a lui, nel dibattimento delle parti o loro rappresentanti.

La formola redatta dal pretore constava quindi, per regola di tre parti principali:

1. L'esposizione sommaria dei fatti che servivano di fondamento alla causa, *demonstratio*. QUOD. A. AGERIUS N. NEGIDIO *hominem vendidit* ecc.

2. La domanda dell'attore, *intentio*, colla quale esprime ciò che egli vuole. NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO *X* MILLIA DARE OPORTERE.

L'attore mediante l'intentio, *desiderium suum concludit. Intentio, intendere* figurano come sinonimi di *actio* ed *agere*. [3]

[1] Notiamo anche qui che se non vi era contestazione intorno ai fatti, il Pretore poteva decidere egli stesso senza demandare la causa al giudice o ad arbitri. V. Lib. 5, tit. 1, Dig. – Puchta, per sostenere la contraria opinione, si è giovato di un mezzo che basterebbe per sè a dargli torto, avendo dovuto correggere un testo romano per avere ragione. Nelle R. S. di Paolo leggesi nel libro 5, tit. 5, *de effectu sentent. et finibus litium* al § 1. *Res judicatæ videntur* AB HIS *qui imperium potestatemque habent vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur.* E Puchta sostituisce: *Res judicatæ videntur* A JUDICIBUS QUI *ab his qui imperium* ecc, V. *Cursus der Inst.* Vol. II.

[2] Cfr. Keller *Litis con. und Urtheil.* – Jehring, *Geist.* 1. – Danz *de lit. cont.*

[3] Il modo di concepire la dimanda era di una importanza grandissima. La causa poteva essere perduta per il solo motivo che l'attore aveva male espresse le conclusioni. *Ita jus civile habemus constitutum ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportet, egerit.* Cic. *de Inv. II*, 19.

3. L'ordine dato al giudice di condannare o di assolvere il convenuto secondo le risultanze dei fatti e delle prove. *Si paret, condemna; si non paret, absolve.* [1]

Per altro, quando la dimanda dell'attore fosse diretta ad ottenere la divisione di una cosa comune, la formola del Pretore dovrebbe contenere altresì la facoltà, impartita al giudice del fatto, di aggiudicare a ciascuna delle parti contendenti quello che fosse giusto e conveniente, *adjudicatio.* [2]

QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX... ADJUDICATO.

Dobbiamo avvertire che in alcuni casi era parte della formola anche una *præscriptio*, [3] colla quale o limitavasi il processo ad alcuni punti: EA RES AGATUR CUJUS REI DIES FUIT: o si diffidava il giudice a non pregiudicare un'altra questione: EA RES AGATUR SI IN EA RE PRÆIUDICIUM NON FIAT, od era subordinato l'esame alla soluzione di una questione preliminare, come nella *longi temporis præscriptio.* Il sistema delle *exceptiones* sostitui le *præscriptiones.*

Così pure avveniva alcune volte che la *demonstratio* racchiudesse già implicitamente il desiderio dell'attore, *intentio*, e quindi la formola non constasse che di due parti, la *demonstratio* e la *condemnatio.*

Così, poteva anche avvenire, che la formola non contenesse la facoltà di condannare il convenuto, *condemnatio*, perchè all'attore bastava fosse riconosciuto un diritto, dal quale riconoscimento sarebbero derivate poi le relative giuridiche conseguenze. Tale sarebbe una questione pregiudiziale, *præjudicialis*, per esempio, intorno alla qualità di padre o di figlio.

Nella formola poteva essere cenno di una *vindicatio*; poteva essere cenno di una *condictio.* La *condictio* poteva essere *condictio certi*;

[1] *Judex.... Si poret, Negidium sestertium X millia dare oportere, Negidium Sest. X, M. condemna; si non poret absolve.* Se tu, o giudice, non riconosci che Negidio debba questa somma, assolvilo dalla dimanda dell'attore. – Nelle formole giuridiche i giureconsulti romani usaoo d'ordinario sotto i nomi di AGERIUS l'attore, *qui agit*, e NEGIDIUS il convenuto, *qui negat.*

[2] *Partes autem formularum hæ sunt:* DEMONSTRATIO, INTENTIO, ADJUDICATIO, CONDEMNATIO. – Dall'esservi nella formola anche l'*adjudicotio*, può spiegarsi la denominazione delle così dette *actiones mixtæ.* Savigny, *System.* V.

[3] *Præscriptiones autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas præscribuntur, plusquam manifestum est.* Gaji comm. IV § 139.

poteva essere *condictio incerti.* La *condictio certi* comprendeva le obbligazioni, nelle quali trattavasi di *dare* una cosa o una determinata quantità. La *condictio incerti* comprendeva le obbligazioni suscettive di modificazioni e aventi per oggetto il *facere* o *præstare.* La stessa *condictio certi* poteva avere per oggetto una somma di denaro o altre cose, *quæ sive in pondere, sive in mensura constant;* ed in tal caso la *condictio* prendeva la denominazione di *condictio triticaria.*

Nei commentarj di Gajo, noi troviamo riprodotte alcune delle formole, redatte dal Pretore. Laonde ne accenniamo una complessiva ad esempio, per mettere in maggior evidenza le cose esposte. Trattasi di un attore, che chiede la restituzione di una tavola d'argento... *Judex esto. Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit; qua de re agitur.*

Quiquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet, ex fide bona ejus, id judex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, nisi restituat; si non paret, absolvito.

Due erano adunque le parti distinte della procedura formolare; l'una che aveva luogo dinanzi al magistrato e chiamavasi *jus*, l'altra che era devoluta o a tribunali permanenti o ad un giudice o ad arbitri, ed era il *judicium.*

È poi ad osservarsi intorno alla contumacia *post litem contestatam* che se *in judicio* non compariva l'attore, il convenuto era d'ordinario assolto, e se non compariva il convenuto, ad onta dell'intimazione, in alcune occasioni per tre volte ripetuta, *edicta*, di cui l'ultimo *edictum* era *perentorium, etiam absente diversa parte*, il giudice pronunziava la sua sentenza, che però poteva essere anche favorevole alla parte non comparente, se la ragione era dal suo lato. *Non utique secundum præsentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet.* [1]

Pronunziata la sentenza, l'ufficio del tribunale, del giudice o degli arbitri era intieramente compiuto.

Il convenuto avrebbe potuto evitare la prolazione della sentenza, effettuando il pagamento dopo contestata la lite?

La scuola dei Proculejani lo negava. Gajo che apparteneva alla

[1] Lib. 5, tit. 1, Dig. fr. 73.

scuola dei Sabiniani esprime il loro contrario avviso; ma non l'opinione sua individuale. Abbiamo però l'assioma generale: *Post litem contestatam condemnari oportet*; e quando ciò fosse, ad onta dell'effettuato pagamento, non si sarebbero evitate le conseguenze delle azioni infamanti e delle *actiones, quæ adversus inficiantes crescebant in duplum.*

§ 106. *Judicia legitima* e *judicia, quæ imperio continentur.*

Judicia legitima chiamavansi quelli che avevano luogo in Roma o nella cerchia di un miglio, fra cittadini romani, ed avanti un solo giudice. [1] *Judicia imperio continentia,* tutti gli altri. [2] Gli *judicia legitima* potevano durare diciotto mesi. Gli *judicia imperio continentia* dovevano essere ultimati entro l'anno della magistratura di quello che aveva accordata l'azione. [3]

§ 107. **Terzo sistema; Giudizii straordinarii;**
extraordinaria judicia.

Durante il sistema degli *judicia ordinaria,* avveniva alcune volte che il magistrato riunisse in sè anche l'ufficio di giudice, e pronunciasse egli stesso *extra ordinem* la sentenza. [4] Questo modo di procedere prendeva allora il nome di *judicium extraordinarium.* Gli imperatori, più specialmente seguirono un tale sistema. Laonde si resero, massime nel secolo secondo dell'era nostra, frequentissime queste *extraordinariæ cognitiones*; e più innanzi, questo modo di procedere, sòrto da prima in via di eccezione, finì ad essere la regola, poichè Diocleziano ordinò ai presidi delle provincie di conoscere sempre e giudicare essi medesimi le cause, e di non più de-

[1] Gaji, *comm.* IV, 104.

[2] Gaji, *comm.* IV, 81, 106.

[3] Gaji, *comm.* IV, 104, 106, Cfr. Lib. 3, tit. 1, Cod. L. 13, in cui Giustiniano stabilì poi che tutte le cause dovessero in generale essere ultimate entro tre anni: *ne lites fiant pene immortales et vitæ hominum modum excedant... non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas.*

[4] Ulpianus XXV, 12. - Lib. 1, tit. 16. Dig. fr. 9, § 1. - Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 99. - *Cognoscere, cognitio,* esprimevano appunto il concetto opposto a quello della *dictio juris ordinaria.* Per altro l'espressione *extraordinaria judicia* prendesi anche in altre significazioni. - Cfr. Lib. 2, tit. 55, Cod. L. 5, § 1, 2. - Theophilus ad Lib. 3, tit. 12, Inst. pr.

ferirle ad un giudice, se non quando lo reclamasse la necessità del pubblico servizio. [1]

In tal modo rimase abolito, dall' imperatore Costantino in poi, il precedente *ordo judiciorum*, [2] sì che ai tempi di Giustiniano tutti i processi erano *judicia extraordinaria*. [3]

Le antiche formole non perdettero però affatto ogni importanza, che rimasero anzi ancora nel diritto scientifico, per l'opportunità di distinguere i punti essenziali della lite. Così, come alla *in jus vocatio* erasi sostituito il *vadimonium*, e più innanzi la *denunciatio litis* col ministero del magistrato, infine anche alla *denunciatio litis* fu sostituita una citazione con un libello, *libellus conventionis*, intimato col ministero di un usciere, *executor*, *viator*. Cessata la separazione fra l'ufficio del magistrato e quello del giudice, fra il *jus* e il *judicium*, non si potè più parlare di *litis contestatio*, nel senso, che, ultimata la procedura innanzi al magistrato, fosse accettato dalle parti contendenti il *judicium*; ma nel nuovo ordine di idee si conservò l'espressione, *litis contestatio*, per indicare quel momento della procedura, in cui i contendenti hanno espresse le rispettive loro pretese. [4]

[1] Lib. 3, tit. 3, Cod. L. 2. - L'antichissimo tribunale dei centumviri cessò colla abolizione degli *judicia ordinaria?* Non abbiamo una ootizia positiva intorno a ciò; ma la cosa sembra molto probabile.

[2] *Juris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*. Lib. 2, tit. 58, Cod. L. 1. - Cogli *judicia extraordinaria* sono caogiate le regole intorno alla *plus petitio* ed alla *minus petitio*. Intanto una *minus petitio* oon potrebbe nuocere all'attore, come avveniva nella procedura formulare; e sono pure modificate le oorme intorno alle eccezioni, delle quali tiene conto il magistrato, secondo le rispettive allegazioni delle parti.

[3] *Quoties extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia...* Lib. 4, tit. 15, Inst § 8. - V, aoche Lib. 3, tit. 12, Inst. pr.

[4] *Lis enim tunc contestata videtur cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit*. Lib. 3, tit. 9, Cod. L. 1. - In quanto alla durata del processo, contestata la lite, abbiamo, come or ora ootammo, nel lib. 3, Cod. tit. 1, L. 13. *Ne lites fiant pene immortales et vitæ hominum modum excedant... censemus omnes lites non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas*. - Pel caso che dall'attore non fosse continuata la causa e pel caso di contumacia del convenuto; vegganse la Nov. 112, C. 3, § 2. - Lib. 7, tit. 72, Cod. L. 10, § 2. - Nov. 53, C. 4, § 1. - Lib. 3, tit. 19, Cod. L. 2. - Lib. 7, tit. 39, Cod. L. 8, § 6. - Lib. 3, tit. 1, Cod. L. 10, § 2.

Titolo Quarto.

DIVISIONE DELLE AZIONI.

§ 108. Idea dell'azione. [1]

Azione è il diritto di reclamare giudizialmente un diritto privato. In questo senso stà in opposizione ai mezzi di difesa, le eccezioni; ed ai mezzi di protezione straordinaria, con un comando o divieto del magistrato, gli *interdicta.* [2] *Actio nihil aliud est, quam jus persequendi judicio, quod sibi debetur.* [3]

Perchè a taluno competa una azione, tre cose sono necessarie: 1. che a lui competa un diritto, 2. che un tale diritto si reputi leso, 3. che una legge gli dia facoltà di invocare il ministero dell'autorità pubblica per la ricognizione ed attuazione di questo diritto. A chiunque compete una azione, compete quindi sempre un diritto. Ma, non sempre a chi compete un diritto, compete

[1] Gaji, *comm.* Lib IV. - Lib. 4, tit. 6, Inst. - Lib. 44, tit. 7, Dig. - Lib. 4, tit. 10, Cod. Schilling II, Savigny *System* V, Böcching. *Pand.* I.

[2] *Actionis verbo non continetur exceptio* Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 8, § 1. - Cfr. Lib. 44, tit. 1, Dig. fr. 1. - V. Heineccius *Recit. in elem. j. c.* § 15, 27. - Richeri. *univ. civ. et crim. jurispr.* Lib. 4 tit. 1, § 5. - Voet *ad Pand.* Lib. 5, tit. 2. § 1, 2

[3] Lib. 6, tit. 1. Inst. pr. - Lib. 44, tit. 7, Dig. fr. 51. - (Vulg. *in judicio*) - Gli antichi giureconsulti non danno tutti la medesima idea dell'*actio*. Secondo Papiniano, *actio* designa esclusivamente l'azione personale, e *petitio* l'azione reale; donde è rimasta la *petitio hæreditatis* e non l'*actio hæreditatis.* - Nella definizione di Celso, l'espressione *debetur* circoscriverebbe l'idea alle sole *obligationes;* laonde parrebbero non comprese le *actiones in rem.* Ma Giustiniano, nel riprodurre questa antica definizione, volle certamente comprendervi le azioni personali e reali. *Judicium* designava pure la procedura davanti un *judex*, secondo Celso, in opposizione alle *extraordinariæ cognitiones*, ma nelle Istituzioni di Giustiniano, *judicium* designa ogni specie di giurisdizione. Del resto, *actio* esprime il diritto di reclamare; *jus persequendi*; esprime semplicemente un atto, come al Lib. 48, tit. 1, del Digesto al framm. 7; esprime una forma di trattazione, come per esempio, *Legis actio;* esprime un modo di procedura in generale, come al libro 44, tit. 7, del Digesto al fr. 37, e in questo senso *interdicta quoque actionis verbo continentur;* esprime ancora le sole azioni personali; *sed plerumque actiones personales solemus dicere:* Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 178; esprime altresì le formalità di atti civili, per esempio, *Hostilianæ actiones;* esprime finalmente lo stesso atto scritto con cui si provoca il dibattimento giudiziale.

anche una azione; poichè vi sono dei diritti, pei quali, se la persona, verso la quale questi diritti competono, non adempie spontaneamente l'obbligazione corrispondente, non si può invocare l'intervento della autorità pubblica per la loro ricognizione ed attuazione.

§ 109. **Azioni reali e personali**; *actiones in rem, actiones in personam.*

L'azione serve a proteggere il diritto. Ora, si suole dire, come la somma divisione dei diritti è di diritti reali e personali, la divisione somma delle azioni è pure quella di azioni reali e personali, azioni sopra una cosa, o contro una persona. *Omnium actionum summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam.* [1]

Se noi abbiamo un diritto personale, cioè se una persona è particolarmente obbligata a dare, fare, od ommettere qualche cosa, contro questa persona a noi compete un'*actio in personam*; e la persona può essere verso di noi obbligata *vel ex contractu, vel ex maleficio.* [2]

Se invece non vi ha una persona *particolarmente obbligata* ad una prestazione, ma a noi compete un diritto assoluto che tutti siano obbligati a riconoscere, a noi spetta una *actio in rem* contro chiunque non voglia riconoscere il diritto nostro [3]. L'azione personale è quindi l'effetto di una obbligazione propria di una determinata persona. L'obbligazione è infatti anteriore all'*actio in personam.*

L'azione reale è invece causa di una obbligazione. Infatti l'obbligazione non sorge nel reo convenuto che dal momento che l'azione è contro di lui intentata, *post litem contestatam.*

[1] Lib. 4, tit. 6, Inst § 1.

[2] *In personam actio est, quoties cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare, facere, præstare oportere.* Gaji, comm. IV, § 2.

[3] Ibid. - *Veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat. Aeque si agat jus sibi esse de fundo forte vel ædibus fruendi utendi vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est.* Gaius. IV § 3.

Nell'azione personale l'attore chiede in generale che il suo debitore sia condannato ad adempire la sua obbligazione.

Nell'azione reale l'attore chiede che sia riconosciuto il suo diritto. La condanna del reo convenuto nelle azioni reali non è che un effetto accessorio della ricognizione del diritto nell'attore.

Queste sono le idee, comunemente esposte dagli interpreti intorno alla distinzione delle azioni reali e personali; ma, se queste idee sono vere nella loro generalità, ammettono, per altro, tali e tante eccezioni, che, sotto vari riguardi, non possono accogliersi, che modificate.

E innanzi tutto, non è vero, che le azioni personali e reali discendano dalla distinzione dei dirittti reali e personali: chè anzi fu la somma divisione delle *actiones in rem* ed *in personam*, che fece nascere quella dei diritti reali e personali, che non esiste, sotto questa forma, nelle fonti. V'ha di più. L'actio *in rem* non protegge soltanto il dominio e gli *jura in re*; ma anche vari altri diritti, quali sarebbero, la personalità di un defunto, nella *hæreditatis petitio*, [1] lo stato di libertà di una persona, i diritti di famiglia. [2] Aggiungiamo anche, che se, d'ordinario, è determinata la persona nelle azioni personali, ed indeterminata nelle azioni reali, vi sono delle azioni personali che si promuovono contro una persona indeterminata come, per esempio, l'*actio quod metus causa*, che può essere indirizzata contro qualunque sia possessore della cosa che è oggetto del diritto personale, e che perciò dicesi anche *actio in rem scripta*, [3] e vi sono delle *actiones in rem*, che si promuovono contro determinate persone, quale sarebbe la testè accennata *petitio hæreditatis*, [4] che si può spiegare contro colui che possieda *pro hærede* e *pro possessore* e non contro qualunque possessore, come la *rei vindicatio*. Laonde possiamo dire, essere la distinzione delle *actiones in personam* ed *actiones in rem* una distin-

[1] Lib. 6. tit. 1. Dig. fr. 27, § 3. - Lib. 5, tit. 3, Dig. fr. 25, § 18. fr. 49.

[2] Lib. 4, tit. 6, Inst. § 13. - La causa intorno alla libertà aveva luogo con una *vindicatio in libertatem* o *servitutem*. Anche la *manumissio vindicta*, (V. retro § 57) succedeva colle apparenze di una in *libertatem vindicatia*. Egualmente il processo intorno alla *patria potestas* poteva rivestire le forme di una *vindicatio, adiecta causa ex lege Quiritium*, come leggesi al Lib. 6. tit. 1, Dig. fr. 1, § 2.

[3] Lib 4, tit. 2. Dig. fr. 9, § 8. - V. Lib. 4, tit. 9, Inst. - Lib. 10, tit. 4, Dig. fr. 3, § 15.

[4] Lib. 5, tit. 3, Dig. fr. 10, § 1, 18, 2, fr, 40, pr.

distinzione primordiale e non subordinata a quella dei diritti personali e reali; e possiamo soggiungere che sono *actiones in personam*, quelle, che hanno per oggetto una prestazione personale; e per contrario, sono *actiones in rem*, quelle, che non hanno per oggetto una prestazione personale, sebbene possano riferirsi tanto a diritti sulle cose, quanto a diritti personali. [1]

Le azioni personali sono dette dai Romani, *actiones*, per antonomasia, e negli ultimi tempi anche *condictiones*. [2]

Le *actiones in rem* si dicono: *vindicationes*; *petitiones*. [3]

Fra le azioni personali, noi dobbiamo comprendere altresì le azioni nelle quali concorrono apparentemente gli elementi di un diritto personale e gli elementi di un diritto reale, e che molti interpreti chiamano azioni *miste*, tenendo conto del passo delle Istituzioni di Giustiniano, così concepito: *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam.* [4] Tali sarebbero le tre azioni: *familiæ erciscundæ*; *communi dividundo*; *finium regundorum.* Queste azioni, si direbbe, tengono una via di mezzo tra le azioni reali e le azioni personali, perchè, intanto che si vuole far valere un diritto reale, si tende a far condannare l'avversario ad una prestazione personale. Ma noi ripetiamo: che queste azioni di divisione di una eredità, di divisione di una cosa comune e di determinazione di confini sono azioni eminentemente personali, per il loro fondamento, per la loro natura e per lo scopo a cui tendono. Per il loro fondamento; poichè esse non hanno altra origine che nei rapporti

[1] Al libro 44, tit. 7, Dig. fr. 25, trovasi: *In rem actio est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus.* Nessuno può lodare questa definizione, sebbene appartenga ad Ulpiano. Coll'*actio confessoria*, per esempio, *non petimus rem nostram, quæ ab alio possidetur;* eppure la *confessoria* e varie altre azioni non cessano di essere *actiones in rem*, anche per altri frammenti dello stesso Ulpiano. - Cfr. *Keller*, *Der Romische Civil Pr. und die Actionen*. - § 91, Idem *Pandekten* § 80. - Windscheid. *die actio des römischen Civilrechts vom standpunkte des heutigen Rechts* § 2, Savigny, *System*, § 205 e seg.

[2] *Appellamus in rem actiones* VINDICATIONES ;. *in personam vero actiones, quibus dare, facere oportere intenditur*, CONDICTIONES. CONDICERE *enim est* DENUNTIARE *prisca lingua, nunc vero abusive dicimus, condictionem, actionem in personam esse*. Lib. 4, tit. 6, Inst. § 15

[3] Se alle *actiones personates* corrisponde l'espressione nostra di azioni *personati* non può egualmente dirsi con esattezza riprodotta l'*actio in rem* dei Romani dall'espressione, azione *reale* che pare restringa l'obbietto alla proprietà ed agli *jura in re*. V. Savigny, *System* § 207, (Nota o).

[4] Lib. 4, tit. 7, Inst. § 20.

di obbligazione fra coloro che hanno ragioni in comunione; per la loro natura; perchè non si fa valere un *jus sine respectu ad certam personam*, come, in generale, avviene nelle azioni reali, ma bensì un *jus personæ competens in personam*, essendo determinata la persona contro cui l'azione *familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum*, deve essere diretta; finalmente per lo scopo; poichè, con queste azioni non dimandiamo veramente la cosa nostra, o un diritto reale sulla cosa altrui, o la rappresentanza della personalità di un defunto; ma bensì la cessazione di quei rapporti di comunione, che preesistono. Nell'*actio familiæ erciscundæ* si suppone già ammesso il diritto proprio alla rappresentanza del defunto, tanto che, se venisse impugnato, dovrebbesi premettere la petizione di eredità, se non si fosse già in possesso dell'eredità o di una parte della medesima; e in questa seconda ipotesi dovrebbesi ad ogni modo far precedere la prova in via incidentale di avere il diritto ereditario. Così, le azioni *communi dividundo* e *finium regundorum* non hanno nulla di comune colla *rei vindicatio*; poichè, nella vindicazione di una cosa, ripetiamo una cosa nostra da qualunque possessore o detentore, mentre, in queste azioni, trattasi, non di una proprietà già esistente, ma di una proprietà da acquistarsi colla sentenza.

§ 110. Azioni *in rem scriptæ*.

Anche le azioni *in rem scriptæ*, come dicemmo, appartengono alle azioni personali, sebbene abbiano una affinità colle azioni reali; ed è per ciò che diconsi *in rem scriptæ*, quasi azioni annesse ad una cosa, contro un avversario indeterminato. [1]

L'*actio, quod metus causa, l'actio ad exhibendum*, le *actiones noxales*, ecc. sono altrettante azioni *in rem scriptæ*, poichè, mentre tendono ad ottenere l'adempimento di una obbligazione, si possono spiegare contro chiunque si trovi, anche accidentalmente, detentore della cosa che ci fu estorta colla violenza, contro chiunque sia alla portata di esibirci la cosa dimandata, e finalmente, per riprodurre l'indirizzo di ciascuna delle azioni ricordate ad esempio, contro chiun-

[1] Lib. 4, tit. 2, Dig. fr. 9, § 8.

que si trovi avere presso di sè lo schiavo, o il quadrupede che *contra naturam generis suis e sponte* ci abbia recato un danno: *noxa sequitur caput.* [1] L'azione adunque, sebbene non abbia per oggetto un diritto reale, segue alcune cose, ovunque esse si trovino, e in modo che, se, per caso, la cosa cessasse di essere presso colui, contro il quale era intentata l'azione, dovrebbe essa intentarsi di nuovo contro colui sul quale l'obbligazione si è trasferita. Se una nostra zattera, per esempio, dalla forza del fiume è gettata sopra un fondo altrui, ed il padrone di esso fondo si ricusasse di permetterci che noi avessimo a riprendere la cosa nostra, noi potremmo spiegare contro di lui l'*actio ad exhibendum*; ma se la stessa forza del fiume togliesse da quel fondo la zattera nostra, e la gettasse poi sopra il fondo di un altro, noi dovremmo intentare contro il secondo l'azione *ad exhibendum* che non può essere proseguita più contro il primo nostro avversario. *Si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius posse eum conveniri ad exhibendum.* [2]

§ 111. Azioni civili ed onorarie.

Le azioni civili presero il posto delle *legis actiones*, e sono quelle che hanno il loro fondamento nel diritto civile, quindi nelle leggi, nelle consuetudini e nel diritto scientifico, *ex legitimis et civilibus causis descendunt.* [3]

Le azioni onorarie sono quelle che derivano dagli editti dei magistrati, e più specialmente, dei pretori e degli edili: donde le *actiones prœtoriae* ed *aedilitiae*; queste hanno il loro fondamento nella giurisdizione dei magistrati. [4]

Nel diritto antico, la distinzione delle azioni, in civili e pretorie

[1] V. Lib. 4, tit. 8, Inst. e il tit. 9. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.* - Dicasi lo stesso dell'*actio aquæ pluviæ*; dell'interdetto *quod vi;* dell'interdetto *quod legatorum;* dell'azione pel pagamento di imposte arretrate che si promove contro il possessore successivo dell'immobile aggravato.

[2] Lib. 10, tit. 4, Dig. fr 5, § 4, 5. - fr. 9, § 1. - Heimberger *jus rom. priv.*, § 614.

[3] Lib. 4, tit. 6, Inst. § 3. - Lib. 44, tit. 7, Dig. fr 25, § 2. - Lib. 50, tit. 16, Dig. fr 178, § 3.

[4] Chiamansi *honorariæ* anche alcune azioni fondate nel diritto civile, quando però l'editto del magistrato, modificando il diritto civile, loro abbia dato un altro scopo. Tale sarebbe l'*actio furti manifesti*. Lib. 4, tit. 12, Inst. pr. - *Theoph.*, Ibid. - Gaji *comm.* IV. 111.

portava con sè rilevanti conseguenze giuridiche, fra le quali, basta notare, che erano perpetue le azioni civili, mentre le onorarie si estinguevano in un lasso di tempo, d'ordinario assai breve. [1]

Oggigiorno, la distinzione di azioni civili ed onorarie non appartiene più che al diritto storico.

D'origine pretoria sarebbero le azioni reali, *Publiciana*, *Rescissoria*, *Pauliana*, *Serviana*, e *quasi Serviana;* come pure le seguenti azioni personali: *de constituta pecunia*, *de jure jurando*, *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, *de peculio*, *de in rem verso.* Vi sono inoltre delle azioni pretorie penali; tali sarebbero: *de albo corrupto*, *de vocando in jus parentem ant patronum sine venia*, *de vi eximente eum qui in judicium vocatus est.* Azioni pretorie pregiudiziali sarebbero: l'*actio in rem de libertate*, l'*actio in rem de ingenuitate*, *de partu agnoscendo.* Dall'editto degli edili avrebbero la loro origine l'azione *redhibitoria*, tendente allo scioglimento del contratto e l'azione *quanto minoris*, nello scopo, che il venditore restituisca tanto del prezzo avuto, quanto la cosa ha diminuito di valore, per difetti occulti nella cosa, e non manifestati.

§ 112. Azioni di stretto diritto, di buona fede ed arbitrarie.

Azioni di stretto diritto, *stricti juris*, sono le azioni rigorose dell'antico diritto civile, aventi per oggetto una cosa determinata invariabile, *certum*, e rapporti giuridici unilaterali, con cui, una delle parti impose e l'altra si assunse una obbligazione.

Azioni di buona fede, *bonæ fidei*, sono quelle, nelle quali, non trattasi della prestazione di una cosa determinata, invariabile, ma sì bene di una prestazione da apprezzarsi e determinarsi, tenuto conto delle circostanze tutte della causa, dal prudente criterio del giudice nei limiti del giusto e dell'equo, *ut inter bonos bene agier — quid aequius meliusque — ex bona fide.* [2]

[1] Lib. 44, tit. 3, Dig. - Lib. 4, tit. 14, Cod. Theod. e Lib. 7, tit. 39, Cod.

[2] L'espressione *bonæ fidei actio* si trova frequentemente. La parola *stricti juris actio* invece non si trova che in questo passo delle Istituzioni. *Actionum quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris.* Lib. 4, tit. 6, Inst, § 28, - Trovansi però in altri passi delle fonti,

Azioni arbitrarie, *arbitrariæ actiones*, sono quelle, nelle quali il giudice ha una ancor maggiore latitudine, potendo assumere l'ufficio di conciliatore, perchè le parti addivengano ad una transazione; ovveramente, con una decisione preliminare, *interlocutio*, indicare il mezzo di evitare la condanna formale, effettuando un'altra specie di prestazione; fors'anco, in alcuni casi, decidere la questione secondo la propria scienza e coscienza. *De bono et aequo secundum cujusque rei de qua actum est naturam.* [1]

Anche questa distinzione aveva una assai più grande importanza pratica nel sistema del procedimento formolare che non nel sistema attuale degli *extraordinaria judicia.* [2]

Dato il procedimento formolare, il giudice, a cui era deferita la decisione di una causa in base alla formola, redatta dal magistrato, era vincolato nelle *actiones stricti juris* ai termini rigorosi della formola stessa; e la sua decisione doveva essere espressa colla parola sì o colla parola no; [3] mentre invece nella *actiones bonæ fidei* ed *arbitrariæ*, il giudice aveva, come dicemmo, una latitudine maggiore, e gli arbitri un potere discrezionale, per pronunciare la sentenza, *de æquo et bono*, giusta la natura della causa e le molteplici, varie

espressioni equivalenti; *stricta judicia, actiones stricti judicii*, non mai però *stricti juris actiones*, come testo veramente autentico. – Al libro 13, tit. 6, Dig. fr. 3, § 2, leggesi: *In hac actione, sicut in ceteris bonæ fidei judiciis.... quamvis* IN STRICTI *litis contestatæ tempus spectetur....* ed è l'edizione delle pandette fiorentine. Nell'edizione Aloandrina leggesi nello stesso frammento *stricti juris*. Ma Aloandro si giovò di qualche manoscritto in cui apparisse *stricti juris*, od aveva invece presente il § 28, al tit. 6, lib. 4, delle Istituzioni giustinianee?

[1] Anticamente agli *judicia* si contrapponevano gli *arbitria;* e in origine gli *arbitria* corrispondevano precisamente alle *actiones ex bona fide*. Ma, in progresso di tempo, *arbitrium* ebbe un senso, ora più, ora meno esteso. Da qui la distinzione, preferita da alcuni interpreti di azioni rigorose e azioni libere: ed è appunto nelle azioni libere che il giudice ha una maggiore latitudine, sebbene non sia poi necessario, che tutte le azioni libere siano anche di buona fede. – *In omnibus iis judiciis in quibus ex fide bona est additum: ubi vero etiam ut inter bonos bene agier, in primisque in arbitrio rei uxoriæ, quo est: quid aequius melius.* Cic. Top. C. XVII,

[2] Nella formola si autorizzava il giudice a determinare a suo arbitrio, *quemadmodum actori satisfieri oporteret.*

[3] *Ad judicem hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus aut amittamus.* Cic. *pro Rosc.* c. IV. – Cfr. Gaji, comm. IV, § 57. – *Si minus positum fuerit quam oportet, hoc solum consequitur, quod actor posuit; nam tota quidem res in judicum deducitur, constringitur autem condemnationis fine quam judex egredi non potest.*

circostanze, che possono esercitare una influenza sulle ragioni rispettive delle parti, donde l'esercizio dell' *officium judicis.* [1]

Le *actiones stricti juris* sono per sè *actiones in personam*, ma, come dicemmo, esclusivamente per la prestazione di un *certum.* [2]

Le *actiones bonae fidei* sono esse pure *actiones in personam* per obbligazioni derivanti da contratti o quasi contratti.

Le *actiones arbitrariae* possono essere poi, tanto *actiones in personam*, quanto *actiones in rem.* Infine le *actiones arbitrariae* possono essere *arbitrariae stricti juris, arbitrariae bonae fidei,* ed arbitrarie semplicemente, senza essere nè *stricti juris*, nè *bonae fidei*, come per esempio l'*actio serviana*, l'*actio publiciana. Istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur.* Sarebbero azioni arbitrarie *in rem*, l'*actio Publiciana*, la *Serviana de rebus coloni*, la *quasi Serviana* [3] che dicesi anche *hypothecaria*; e tutte le *in rem actiones civiles* aventi per oggetto una restituzione. Sarebbero azioni arbitrarie *in personam*, l'*actio quod metus*, [4] *ad exhibendum*, [5] *doli*, [6] *de eo quod certo loco*, ecc. [7]

Anche oggigiorno la distinzione delle azioni di stretto diritto, azioni arbitrarie, e di buona fede sarebbe di un valore pratico, principalmente pei seguenti motivi.

Nelle azioni arbitrarie, la condanna può essere subordinata alla condizione, che non si ottemperi a ciò che il giudice avesse prescritto. Non è così nelle altre azioni; non avendo il giudice un potere tanto discrezionale, come nelle azioni arbitrarie.

Nelle azioni di buona fede, gli interessi, *usuræ*, decorrono dal momento della mora, il che non ha luogo nelle azioni di stretto diritto.

Nelle azioni di buona fede, il dolo vizia, *ipso jure*, l' atto giuri-

[1] Lib, 4, tit. 6, Inst. § 28, 29, 30. - Giova notare che alcune azioni *bonæ fidei* erano ad un tempo *arbitrariæ*. Laonde queste due qualifiche non sono, a rigore, esclusive l'una dell'altra.

[2] Alcuni comprendono nelle *actiones stricti juris* anche *la vindicatio*. V. Rein *Das Privatr. und d Civilpr. d. Römer*. Lib. 6, c. 9.

[3] Lib. 20, tit. 1, Dig. fr. 16, § 3, fr. 21, § 3.

[4] Lib. 4, tit. 2, Dig. fr. 14, § 4.

[5] Lib. 10, tit. 4, Dig. fr 3, § 2.

[6] Lib. 4, tit. 3, Dig. fr. 18, pr. § 1.

[7] Lib. 13, tit. 4, Dig. fr. 2, pr. fr 3, 4.

dico; nelle azioni di stretto diritto, il dolo non produce che una eccezione.

Nelle azioni di buona fede, i patti aggiunti ad un contratto sono protetti dall'azione stessa del contratto. Nelle azioni di stretto diritto i patti aggiunti, *pacta adjecta in contenenti*, non producono che una eccezione.

Nelle azioni di buona fede, il giudice può prendere in considerazione ogni specie di vantaggio che si riferisce all'attore, anche un valore d'affezione; a questo vantaggio non potrebbe aver riguardo nelle azioni di stretto diritto. [1]

§ 113. Azioni dirette ed utili.

Diconsi azioni dirette, *directæ*, quelle che servono a far valere un diritto, per il quale furono espressamente stabilite; azioni utili, *utiles actiones*, quelle che furono introdotte, nello scopo di una pratica utilità, per analogia di un'azione già esistente, *actiones fictitiæ*. [2]

I Romani non amavano il radicalismo. [3]

Il diritto romano non fu mai stazionario, ma nello stesso tempo non subì mai mutazioni radicali, violente. Questo fatto ci si manifesta evidente anche nella introduzione delle azioni utili, in base a

[1] Secondo le Istituzioni di Giustiniano, Lib. 4, tit. 6, § 28, sono azioni di buona fede le seguenti: *ex empto vendito, ex locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pigneraticia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis quæ de aestimato proponitur, et ea quæ ex permutatione competit, et hæreditatis petitio.* - Il § 29 vi aggiunge anche l'*actio rei uxoriæ* sostituita poi dall'*actio ex stipulatu*, che è ancora una *actio bonæ fidei*. Nell'*actio negotiorum gestorum* sarebbe compresa anche la *funeraria actio*.

E perchè Giustiniano avendo accennato fra le *actiones bonae fidei*, l'*actio familiæ erciscundæ* e l'*actio communi dividundo*, omise l'*actio finium regundorum*? Forse perchè risultante *quasi ex maleficio*? Il dolo può esservi accidentalmente, ma non è il fondamento dell'azione.

E perchè ancora omise l'azione derivante dal contratto d'enfiteusi che non si può a meno di comprenderla fra le azioni di buona fede, come le azioni derivanti dalla compera e vendita dalla locazione e conduzione?

Probabilmente i compilatori delle Istituzioni nell'enumerare le azioni di buona fede copiarono un frammmento di qualche antico giureconsulto: mentre non fu che l'imperatore Zenone che considerò l'enfiteusi siccome un contratto sui generis, distinto dalla vendita e compera e dalla locazione e conduzione.

[2] Ulpianus XXVIII § 12.

[3] In questo, gli Inglesi, più che qualunque altro popolo, seguono il costume romano.

finzioni, e ad imitazione delle azioni dirette. E come da una azione diretta si faceva derivare una azione utile, la stessa azione utile produceva poi nuove azioni analogiche. [1] La *rei vindicatio* è concessa al solo proprietario. Chi non è proprietario di una cosa, ma l'abbia però acquistata in buona fede e a giusto titolo, sebbene non compiuta l'usucapione, colla finzione che sia l'usucapione stessa compiuta, può ripetere la cosa, di cui avesse perduto il possesso, mediante l'*actio in rem publiciana*, azione utile, immaginata dal Pretore *Publicio* per analogia della azione vindicatoria. *Quia non potest rem ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse.* [2]

Del resto, nell'applicazione, riesce ora affatto indifferente, che una azione fosse, per l'origine sua, una azione diretta o piuttosto utile.

§ 114. Azioni *vulgares* ed azioni *in factum*.

Diconsi azioni *vulgares* quelle azioni, conosciute *ed usuali*, per le quali eranvi nel diritto civile regole determinate ed invariabili. [3]

Diconsi invece azioni *in factum*, quelle, che non avevano un fondamento in una regola del diritto civile, e venivano perciò *ex novo* stabilite a titolo di equità, siccome reclamate dal complesso delle circostanze di fatto, a cui era coordinato un diritto, che si credeva di dovere proteggere. Tali azioni furono create e dal diritto scientifico e dal diritto pretorio, da qui le *prætoriæ et civiles in factum actiones.* [4] Ognun vede che creavasi una *actio in factum*, quando gli *judicia prodita*, le *vulgares actiones* non bastavano punto ai bisogni della vita pratica; e non essendo possibile il creare una *actio utilis*, perchè il rapporto giuridico che si voleva proteggere colla nuova azione *in factum* non aveva alcuna analogia con rapporti giu-

[1] *Quoties deficit actio..... utilis actio est.* Lib. 19, tit. 5, Dig. fr. 21. - Mühlenbruch, *Lehre von der Cession.*

[2] Gaji *comm.* IV, § 36. - *Qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se hærede agit. - Similiter et bonorum emptor ficto se hærede agit. - Item civitas romana peregrino fingitur.... si furti agat peregrinus... etc* Ibid. § 34, 35, 37. - Vedi pure Lib. 4, tit. 6, Inst. § 4.

[3] Lib. 28, tit. 5, Dig. fr. 46, - Cfr. Lib. 47, tit. 2, Dig. fr. 42.

[4] Cfr. Lib. 11, tit. 7, Dig. fr. 7, § 1. - Lib. 19, tit. 5, Dig. fr. 11. - Lib. 23, tit. 4, Dig. fr. 26, § 3. - Lib. 47, tit. 2, Dig. fr. 51. - Lib. 4, tit. 3, Inst. § 16.

ridici protetti da azioni dirette o da azioni utili, sorgeva quindi la necessità di adottare una azione nuova per il fatto che esprimeva un nuovo bisogno giuridico. Le *actiones præscriptis verbis* non sono poi che una specie particolare delle *actiones in factum*; e la denominazione *præscriptis verbis* non veniva che dalla esposizione dei fatti, premessa alla formola del magistrato, detta *præscriptio. Cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.* [1]

§ 115. Azioni *vulgares*, *conceptæ in jus* e *conceptae in factum*. [2]

Questa distinzione di *actiones in jus conceptæ* ed *actiones in factum conceptæ* non è più di alcun valore pratico nel diritto romano odierno, essendo coordinata esclusivamente al sistema di procedimento formolare. Ad ogni modo, siccome questa terminologia, sebbene soltanto di diritto storico, fu conservata nella collezione giustinianea, torna opportuno di darne l'idea. Quando l'attore adunque fondava la sua dimanda nel rigore del diritto civile, la conclusione di esso attore prendeva il nome di *intentio juris civilis* e l'azione che ne era la base, *actio in jus concepta.* Le nuove azioni che si venivano introducendo, è naturale, che non potessero avere una formola *in jus concepta.* Il pretore, dava una azione col mezzo di una formola *in factum concepta*, e l'azione stessa prendeva questo nome di *actio in factum concepta.*

Del resto è evidente, che non si possono intieramente confondere

[1] Lib. 19, tit. 5, Dig fr. 2. - Alciatus, *Præscriptis verbis actio unde dicta: Dispunct.* Lib. 4, cap. 23.

[2] Dallo svolgimento delle *actiones in factum*, durante il sistema formolare, era sorta l'opportunità delle *formulæ in factum conceptæ*, in opposizione alle *formulæ in jus*, dovendo il giudice tenere conto dei fatti, che pure avevano un appoggio nel *jus.* V. Gaji *comm.* IV, 47, e Cfr. Lib. 44, tit. 7, Dig. fr. 9 e 13. - Nel sistema formolaro avevansi pure le *formulæ vulgares* e *non vulgares*. Tutte le antiche azioni civili in *jus conceptæ* ed alcune azioni pretorie avevano una *formula vulgaris*. La maggior parte delle azioni pretorie e le azioni, costituite sull'analogia di preesistenti o per motivi di equità, avevano una *formula non vulgaris*.

le *actiones in factum*, la di cui idea è assai più comprensiva, colle *actiones in factum conceptæ*. [1]

§ 116. Azioni persecutorie della cosa, penali e miste.

Le azioni persecutorie della cosa, *persequendæ causa comparatæ*, e più brevemente, secondo gli interpreti, *rei persecutoriæ*; le azioni penali, *pœnales actiones*, *poenæ persequendæ causa*, *comparatæ*, *ad poenam respicientes*; e le azioni miste, *mixtæ actiones*, risultano da un delitto, o, in generale, dal fatto illecito di un terzo; ed è appunto da questo fatto illecito che deriva l'obbligazione al pagamento di una pena e al risarcimento del danno recato. [2]

Ora, se noi dimandiamo la cosa che ci fu tolta o la riparazione del danno, l'azione dicesi persecutoria della cosa; se noi dimandiamo il pagamento di una pena pecuniaria, *poenæ persequendæ causa*, vale a dire, che il leso sia arricchito a pregiudizio del lesore, l'azione dicesi penale; se noi dimandiamo la riparazione del danno, e più il pagamento di una pena pecuniaria, l'azione dicesi allora mista, per l'unione dei due elementi. [3]

Dobbiamo, per altro, notare che, indipendentemente anche da un fatto illecito, tutte le azioni reali e personali, colle quali reclamiamo ciò che è nostro o che è a noi dovuto, diconsi *rei persecutoriæ*; e, sotto questo riguardo generale, tutte le azioni non penali

[1] Lib. 4, tit. 6, Inst. § 13. Cfr. Gaji *comm.* IV, § 37, 45, 107. - L'*actio doli, quod metus causa, vectigalis, constitutoria* erano tutte *actiones in factum* per le quali era data una *formula in factum concepta.*

[2] Lib. 4, tit. 1, Inst. - Lib. 4, tit. 6, Inst. §§ 16, 17, 18. - Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 111, § 1. - Cfr. Lib. 12, tit. 8, Cod. Th. L. un. - Keller C. Pr. § 91. - Puchta § 81. - Schilling. § 105. - Savigny V, 210.

[3] La *condictio furtiva* ha per oggetto di ottenere la restituzione della cosa o il rimborso del di lei valore. Attore e reo restano egualmente ricchi come prima. L'*actio furti* non ha per oggetto che la pena pecuniaria. L'*actio vi bonorum raptorum* abbraccia i due elementi, cosa e pena. In queste due ultime azioni l'autore del delitto è spogliato, in pena, a vantaggio della persona lesa. - Cfr. Keller *Civil. Pr.* § 91. - Id. Pandekten § 80. - Savigny § 210, Windscheid § 3.

— V. Lib. 4. tit. 3. Dig. fr. 39, 40. - Lib. 4, tit. 3, Inst. § 9. - Lib. 4, tit. 12, Inst. § 1. - Lib. 4, tit. 6, Inst. § 16, 19. - Lib. 9, tit. 2, Dig. fr. 23 § 8. - Lib. 17, tit. 2, Dig. fr. 50. - Lib. 27, tit. 3, Dig. fr. 1, § 23. - Lib. 47, tit. 1, Dig. fr. 1, pr. - Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 111. Gaji *comm.* IV, 6, 9.

si possono dire e si dicono persecutorie della cosa. *Rei persequendæ causa actiones dantur.* [1]

§ 117. Azioni *in simplum*, *duplum*, *triplum*, *quadruplum*.

Generalmente, chi intenta una azione, non si propone che di ottenere il semplice valore della cosa reclamata, e quindi, ordinariamente, le azioni sono *in simplum conceptæ*.

Ma, alcune volte, si tende ad ottenere il doppio del valore reclamato, come avviene nel caso di negativa per parte dell'avversario; e allora l'azione sarebbe *in duplum concepta*.

Abbiamo detto, che le azioni penali derivano da un fatto illecito di un terzo; ed è appunto per punire l'autore di questo fatto illecito, che il diritto romano permette che l'attore chieda il doppio, il triplo ed anche il quadruplo del valore del danno dall'avversario arrecatogli.

L'azione di furto, per esempio, ha per iscopo una pena privata, che, trattandosi di un furto non manifesto, *actio furti non manifesti*, importa il doppio, *duplum*; e, trattandosi di un furto manifesto, *actio furti manifesti*, importa il quadruplo, *quadruplum*, del valore che la cosa rubata aveva al tempo in cui fu commesso il furto; e in questo doppio o quadruplo valore non è compresa la cosa furtiva.

Nell'azione di rapina, *actio vi bonorum raptorum*, entro l'anno, si può domandare il quadruplo, e dopo l'anno la cosa semplicemente; ma, nel quadruplo, vi è compresa anche la cosa rapita; laonde la pena consiste propriamente nella prestazione del triplo, *triplum*. [2]

§ 118. Azioni perpetue e temporarie. [3]

Nel diritto romano antico, un diritto si poteva sempre farlo valere quando piaceva. Le azioni erano quindi tutte perpetue. Ma, poi-

[1] Uno svolgimento delle teorie relative a queste varie azioni verrà dato nella *parte speciale* intorno alle fonti particolari delle azioni stesse.

[2] Lib. 4, tit. 6, Inst. § 21, 26. – L'azione può riguardare un valore che superi il quadruplo nei casi della L. 13, pr. Dig. Lib. 19, tit. 1. – L 13, Dig. Lib. 47, tit. 9. – L. 23. Dig. Lib, 9, tit. 2 e simili.

[3] È naturale che si estingua l'azione quando è estinto il diritto. Noi parleremo dell'estinzione dei diritti e delle obbligazioni nella parte speciale. – *Actio semel extincta resuscitari nequit.* – Alciatus *comm. in cod. justin.* Lib. 2, *Rubr. de pactis.*

chè alcune azioni furono introdotte dai magistrati, fu dai medesimi anche determinato il tempo, entro il quale, si avrebbero queste azioni potuto far valere. Oltre questo tempo, il reo convenuto avrebbe avuto il diritto di opporre l'eccezione del tempo decorso, per il quale, il diritto d'azione erasi estinto nell'attore; e siffatta eccezione, *exceptio*, era detta anche *præscriptio*. Quindi le azioni civili erano dette *perpetuæ*; le azioni pretorie, *temporales*.

Sotto gli imperatori erasi stabilito, per le azioni reali intorno a cose immobili, nelle provincie, il tempo di 10 anni tra presenti e di 20 fra gli assenti; scorso il qual tempo, l'azione sarebbesi perenta; e, più innanzi, fu stabilito che ogni azione dovesse essere intentata generalmente entro trent'anni; e perciò non vi furono più azioni perpetue nel senso del diritto antico. Per altro, rimase la denominazione, con un senso relativo; e cioè, che si dovessero considerare perpetue le azioni, che si dovevano promuovere entro trent'anni, e si considerassero azioni temporanee, quelle, che si dovessero invece intentare in un tempo meno lungo, sotto la comminatoria, altrimenti, della loro estinzione, detta dai moderni, *præscriptio extinctiva.*

§ 119. Azioni perpetue e temporanee (continuazione).

Nel diritto giustinianeo adunque è incontrastato il principio, che le azioni così dette perpetue, sono estinte, in generale, dopo trent'anni, ed alcune, dopo il lasso di quarant'anni. [1]

Ma colla prescrizione si estingue soltanto l'azione o anche il diritto?

In altri termini: non v'ha dubbio, che il diritto non si possa far valere più coll'azione, quando prescritta. Si potrà però farlo valere in via di eccezione, di compensazione? [2]

È questa una questione gravissima, fra gli interpreti del diritto romano.

[1] V. Cujacius, *Parat.* in lib. 7, Cod, tit. 33, 39.

[2] Noi accenniamo la quistione nei termini comunemente usati, sebbene sia stata censurata questa forma di dimanda. Ad ogni modo è evidente, che si vuole chiedere, se, estinta l'azione colla prescrizione, sopravviva ad essa una obbligazione naturale.

Quelli che sostengono che la prescrizione estingua l'azione e non veramente il diritto si appoggiano alla legge 5 DIG. *de doli mali et metus exceptione*, in cui è detto, che, se l'azione dopo un certo tempo è estinta, non è egualmente estinta l'eccezione; *nam hæc perpetuo competit.* [1] Dunque, se un diritto si può farlo valere col mezzo di una eccezione, dopo la prescrizione conviene supporre che la prescrizione estingua l'azione, ma non anche il diritto. Si appoggiano pure alle leggi 5 e 6 CODICIS, *de exceptionibus*, nella prima delle quali è detto, che, sebbene l'*interdictum* UNDE VI dopo un anno non abbia effetto, l'espulso dal suo possesso colla violenza può essere assistito dall'eccezione; *tamen exceptione perpetua ei succurri*; e nella legge 6 è detto pure, che l'eccezione di dolo si può opporre *sine temporis præfinitione.* [2] Donde gli interpreti formarono l'adagio: *Quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua.*

Un altro argomento decisivo in favore di questa opinione è pure dedotto dal paragrafo 1. L. 7 COD., *de præscriptione* XXX *vel* XL *annorum,* [3] per la quale, se il pegno è presso un terzo, l'azione ipotecaria dura 30 anni; se invece è presso il debitore stesso o suoi eredi, può essere l'azione ipotecaria esercitata per 40 anni; donde si deduce, che, siccome l'obbligazione civile si prescrive dopo 30 anni, il pegno duri per dieci anni ancora, perchè continui l'obbligazione naturale.

Un altro argomento ancora si vuole ravvisarlo nella legge 8 di questo stesso titolo, nella quale è detto, che il proprietario, mentre perde il suo diritto di proprietà, se questo diritto fu acquistato da un possessore di buona fede, col possesso continuato per trent'anni, quando, per circostanze accidentali, il possesso di quella cosa cadesse nelle mani di un terzo possessore di mala fede, l'antico proprietario può ancora esercitare contro questo terzo la rivendicazione; *tum licentia sit priori domino rem vindicare*; il che, si soggiunge, sarebbe impossibile, se l'antico proprietario avesse perduto, coll'azione, anche il diritto.

Per l'opinione contraria, cioè, che, colla prescrizione non si estingua l'azione soltanto, ma si estingua anche il diritto, si sogliono addurre i seguenti argomenti.

[1] Lib. 44, Dig. tit. 4.
[2] Lib. 8, Cod. tit. 36.
[3] Lib. 7. tit. 39, Cod.

Nella legge 6 Dig. *de obligationibus et actionibus* si accenna espressamente all' *estinguersi* dell' obbligazione, compiuto che sia l' ultimo giorno della prescrizione... *si novissimus totus dies compleatur.* [1]

Nella legge 14 Dig. *de compensationibus* è detto, che i diritti, che si estinguono con una eccezione, (e la prescrizione è appunto una eccezione) non si possono più opporre in compensazione. *Quæcumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.* [2]

A questi frammenti del digesto si aggiungono altresì la legge 4 e 9 Cod. *de præscriptione XXX vel XL. annorum*, nella prima delle quali è detto che qualsiasi diritto dovrà considerarsi siccome *estinto* dopo il silenzio di quarant'anni; e nella seconda legge si soggiunge, che dopo il lasso di quarant' anni, le nostre sostanze, in forza della prescrizione, passano in altri: *fortunas ad alios translatas videntes.* Adunque se le nostre sostanze passano ad altri, convien dire non estinta colla prescrizione l' azione soltanto per esse, ma anche ogni diritto estinto sulle medesime. [3]

Così è pur vero che per la legge 8 di questo stesso titolo il proprietario, anche compita la prescrizione contro un primo possessore di buona fede, è autorizzato ancora a vindicare la cosa contro un secondo possessore illegittimo, ma questa legge non è in contrasto colla opinione su espressa, poichè è l' eccezione di prescrizione che estingue azione e diritto; e nell' ipotesi di questa legge 8 *Codicis* il secondo ingiusto possessore non sarebbe munito della eccezione della prescrizione di 30 o 40 anni, da opporre a chi reclama la cosa.

È pur vero che per la legge 7 di questo titolo *de præscriptione XXX vel XL annorum* contro il debitore e suoi eredi l'azione ipotecaria dura 40 anni, mentre l'azione civile si estingue d' ordinario in 30 anni, ma con questo non si vuole già dire che dopo i 30 anni sia estinta l' obbligazione civile e sia rimasta l'obbligazione naturale, ma si volle soltanto stabilire un più lungo termine per la stessa obbligazione, attesa la costituzione del pegno, e sino alla concorrenza del valore del pegno stesso. È quindi il pegno che ha l' effetto, in via di eccezione, di conservare il debito nella misura delle di lui forze. [4]

[1] Lib. 44, tit. 7, Dig.
[2] Lib. 16, tit. 2, Dig.
[3] Lib. 7, tit. 39, Cod.
[4] V. Lib. 7, Cod. tit. 39, Cfr. L. 7 ed 8.

Ora si può dimandare quale delle due opinioni sarebbe a preferirsi, trattandosi di una legge ferenda? Noi crediamo che la prescrizione deva estinguere, non soltanto l'azione, ma anche il diritto; in altri termini: che, estinta l'obbligazione civile, rimanga estinta anche l'obbligazione naturale. Ma qui dobbiamo, innanzi tutto, notare, che non è a confondersi l'obbligazione *naturale* coll'obbligazione *morale* o di coscienza. Estinta per la prescrizione l'obbligazione civile, potrà rimanere l'obbligazione *morale* o di coscienza; ma lo ripetiamo; è invece a ritenersi estinta l'obbligazione *naturale*, che è tutt'altra cosa. Noi ci riserviamo un cenno più esteso intorno a questo punto nel *diritto delle obbligazioni;* ma intanto troviamo necessario di osservare che l'obbligazione naturale è quella che ha il suo fondamento *nel diritto delle genti, ed a cui il diritto civile non accorda una azione, ma accorda per altro molti altri effetti civili*. Se ci fosse permessa l'espressione, vorremmo dire, che l'obbligazione *naturale* è essa pure una *istituzione positiva*, per gli effetti speciali civili, che le sono inerenti, e che non sono appunto inerenti alla obbligazione *morale* o di coscienza. E infatti, chi paga un debito, credendo di esservi civilmente tenuto, mentre non aveva che una obbligazione naturale, non può ripetere ciò che ha pagato. L'obbligazione naturale inoltre forma parte dei *beni* del creditore; ammette la fidejussione, il pegno, la correalità, il costituto; si presta alla novazione; e infine, autorizza il diritto di ritenzione e la compensazione che ne è l'effetto. Or bene, fatta astrazione dai vari frammenti in particolare del diritto romano, alcuni dei quali possono essere addotti per sostenere una tesi, ed altri per sostenere una tesi contraria, noi dimandiamo: è egli giusto e conveniente che il legislatore protegga più l'obbligazione naturale, che pure è meno efficace della obbligazione civile, collo stabilire imperscrittibile la prima e perscrittibile la seconda? L'obbligazione naturale non discende essa dal diritto delle genti? E la prescrizione non è essa pure una istituzione del diritto delle genti? Noi non neghiamo, che non siano validissimi gli argomenti, coi quali si può sostenere l'opinione che l'obbligazione naturale sfugga alla prescrizione; che non può dirsi negligente quegli che non fa valere un diritto cui la legge non accorda una azione; che se il creditore può far valere l'obbligazione naturale colla eccezione, è regola che le eccezioni sono perpetue.

Ma noi osserviamo che la prescrizione, se è principalmente a consi-

derarsi come una pena contro il negligente, è altresì reclamata dalla utilità generale, *bono pubblico introducta est*, onde diminuire il numero dei processi, e porre un termine a vecchie contestazioni: e questi scopi risguardano non solo l'obbligazione civile, protetta da una azione, ma anche l'obbligazione naturale, che non è protetta da una azione, ed è per altro, suscettiva, come dicemmo, di molti effetti civili. E, d'altronde, il creditore in forza di una obbligazione naturale non potrebbe convenire il suo debitore, non per obbligarlo al pagamento, che a ciò non ha diritto, ma, perchè fosse riconosciuta la di lui obbligazione naturale ad ogni buon effetto di ragione, e più specialmente per gli effetti civili ad essa inerenti? Il termine della prescrizione non potrebbe esso decorrere dal giorno della scadenza dell'obbligazione, che non è a confondersi colla esigibilità del credito? Ma rimane sempre la regola: *quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*; ed è appunto questa regola, che, se è applicabile in generale, non può ammettersi che sia di una così assoluta applicazione, da escludere ogni e qualsiasi eccezione: ed una eccezione a questa regola potrebbe farsi appunto nel caso, in cui, l'obbligazione naturale fosse congiunta ad una obbligazione civile e formasse perciò una unica obbligazione. Dessa avrebbesi potuto far valere col mezzo di una azione; e di questa non essendosi fatto uso, fu quindi l'obbligazione prescritta. [1]

Del resto vi sono anche alcune eccezioni che si estinguono dopo un certo spazio di tempo, per espressa disposizione di legge; per esempio, l'eccezione, *non numeratæ pecuniæ*; l'eccezione, *dotis cautae, sed non numeratæ*, l'eccezione, *non solutæ pecuniæ*.

§ 120. Azioni perpetue e temporanee (continuazione).

Perchè non sia estinto il diritto, qualunque azione deve essere promossa di regola entro i termini sopra indicati, di 30 o 40 anni;

[1] L'opinione che la prescrizione, togliendo l'azione, distrugga anche il diritto fu accolta pure nelle moderne legislazioni, dal Codice prussiano agli articoli 501, 502, dal Codice francese agli articoli 1234 e 2219, dal Codice austriaco ai paragrafi 1479, 1499 e dal Codice sardo all'art. 2354. – Cfr. Savigny V. § 252-55.

La regola suddetta: *quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*, avrebbe il suo pieno effetto nei casi in cui non si potesse far valere il titolo che serve di base all'eccezione senza essere convenuti.

ma, nel computo, non si tiene conto di quello spazio di tempo nel quale taluno, per impedimenti giuridici, fu nella impossibilità di far valere il proprio diritto; donde il noto adagio: *non valenti agere non currit præscriptio*. Cessando gli impedimenti, si tiene conto del tempo che decorre dopo la cessazione, e, se la prescrizione aveva incominciato prima di essi, anche del tempo decorso prima. Se gli impedimenti non sono giuridici, ma di fatto, la prescrizione continua egualmente il suo corso, a meno che la persona lesa, per la specialità delle circostanze, non ottenga la restituzione in intiero; favore che non potrebbe, per altro, essere concesso che per azioni temporanee e non per le perpetue che si prescrivono dopo 30 o 40 anni.

Riserbandoci di fare un maggiore cenno intorno alla prescrizione trattando della estinzione delle obbligazioni, ci limitiamo qui a soggiungere i seguenti principii generali.

1° Perchè la prescrizione possa incominciare, si richiede una *actio nata*, cioè, che esista un diritto di azione, che per negligenza si possa perdere.

2° Nella prescrizione, ravvisandosi anche una pena per il negligente che, non fa valere, potendo il proprio diritto, *ut sit aliqua inter desides et vigilantes differentia*, [1] non si ha riguardo alla mala fede dell'avversario che si giova della prescrizione.

3° Nelle azioni che si prescrivono in 30 o 40 anni il tempo è continuo, *tempus continuum*, vale a dire, si computano tutti i giorni nell' ordine che si trovano nel calendario. In alcune azioni temporanee, per le quali il diritto sia perduto colla inazione prolungata, il tempo invece è utile, *tempus utile*, vale a dire, non si computano i giorni, nei quali è interdetto accidentalmente e temporaneamente di far valere un diritto innanzi ai magistrati, *experiundi potestas*. [2]

4° Nella prescrizione delle azioni, il computo del tempo è naturale e non civile. Nel computo civile si applica la regola: *dies novissimus caeptus pro completo habetur*. Per lo spazio di un anno, per esempio, che comincia col primo di gennajo, il 31 dicembre sarebbe l'ultimo giorno, *dies novissimus*; e, poichè il giorno incominciato si

[1] Lib. 7, tit. 40, Cod. L. 2.

[2] Lib. 38, tit. 15, Dig. L. 2. - Lib. 9, tit. 35, Cod. L. 5. - Lib. 4, tit. 2, Dig. fr. 14, § 2. - Lib. 2, tit. 58, Cod. L. 2. - Lib. 21. tit. 1, Dig. fr. 19 § 6.

ha per compiuto, l'anno sarebbe civilmente compiuto, dopo la mezza notte dal 30 al 31 dicembre. Nel computo naturale invece deve essere spirato l'ultimo momento del termine fissato dalla legge; e perciò il *dies novissimus*, ossia il giorno in cui si compie il termine matematico deve essere intieramente passato. *In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.* [1]

5° La prescrizione di una azione può interrompersi o col promuoversi giudizialmente una tale azione e quindi colla *contestatio litis*, o con una ricognizione espressa o tacita del nostro diritto per

[1] Lib. 41, tit 3. Dig. fr. 6, 7. - *In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. Ideoque qui hora sexta diei Kalendarum januariarum possidere cœpit, hora sexta noctis pridie kalendas januarias implet usucapionem.*

— Lib. 44, tit. 7, Dig. fr. 6. - Intorno alla computazione *civile* e *naturale* del tempo. V. Lib. 4, tit. 4. Dig. fr. 3, § 3. Lib. 41, tit. 3. Dig. fr. 6. - Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 134. Appare da questi frammenti che computando il tempo *a momento in momentum* è la computazione che noi diciamo *naturale;* e computando il tempo, *non a momento in momentum*, e considerando il giorno nella sua totalità come fosse indivisibile, la computazione è civile. La computazione civile ha luogo, particolarmente quando si tratta di evitare un danno che non derivi da una prolungata inazione o si tratti dell'acquisto di un diritto o di una qualità. E per questi casi particolari gli interpreti formarono l'adagio: *Dies novissimus cœptus pro jam completo habetur.* Il giorno si distingue pure in naturale e civile. Il naturale, *lux*, è il tempo in cui il sole è sull'orizzonte; il giorno civile è invece composto del dì e della notte; ed è il tempo che la terra impiega a fare una intiera rivoluzione sopra sè stessa. Il giorno civile presso i Romani si computava da una mezza notte all'altra. (V. la nota al § 45 della nostra *Introduzione allo studio del Diritto Romano*). Il mese, quale divisione intermedia fra il giorno e l'anno, è dai Romani considerato in generale di 30 giorni, sebbene il maggior numero dei mesi sia in realtà di 31. L'anno è poi di 365 giorni, non tenendosi conto delle poche ore che presenta in più l'anno solare, e che, riunite formano il giorno *bis sextus kalendis martii.* Nel cnmputo dei termini si prende per misura il tempo del calendario, e per punto di partenza un momento determinato. Laonde, per computare, per esempio, un giorno si calcola uno spazio di tempo eguale a quello che scorre da una mezza notte all'altra e si considerano quindi i giorni tutti di una durata eguale, sebbene nella realtà, il tempo che la terra impiega nel fare una intera rivoluzione sopra sè stessa varii a norma delle stagioni, donde la differenza fra il tempo vero e il tempo medio. È però a notarsi che per regola si ha riguardo al giorno del calendario ritenendosi come punto di partenza e di fine la mezza notte. Quando trattasi di perdita di un diritto per inazione, cioè per il *non uso* di esso diritto, il termine giuridico incomincia a decorrere alla mezza notte che segna il termine matematico e quindi chi non usò del diritto vi trova già un leggiero vantaggio; e non si compie che collo spirare di tutto l'ultimo giorno del calendario. Questa regola ha il suo effetto per la prescrizione delle azioni e in casi analoghi. V. Lib. 48, tit. 5, Dig. fr. 30, § 1. - Ulp. XXVIII, § 10. Gaji *comm.* IV, § 104.

— Alciatus, *Quando dies more romano incipiat*, Parergon *juris*, Lib. 10, cap. 3.

parte dell'avversario, ed anche con una formale protesta, se l'avversario fosse assente e non avesse nominato alcun procuratore, contro cui si potesse agire. [1]

Se la prescrizione già interrotta torna a correre di nuovo, non si computa il tempo decorso avanti la sua interruzione.

6º In alcuni casi la prescrizione cessa, *ipso jure*, di avere corso; tali sarebbero le prescrizioni contro gli impuberi, contro i minori, salvo quella di 30 anni, in riguardo alla quale non è ammessa restituzione. All'impubere è pareggiato il figlio sotto la podestà patria, rispetto al peculio avventizio, essendone di esso l'amministrazione presso il padre.

§ 121. Azioni che si trasmettono, o non agli eredi e contro gli eredi

In generale, le azioni si trasmettono agli eredi e contro gli eredi: *actiones haeredibus dantur: actiones contra haeredes dantur.* [2] Donde gli interpreti trassero le espressioni di *translatio actionum activa*, e *translatio actionum passiva.* [3]

La regola, che le azioni, *hæredibus et in hæredes dantur,* subisce però alcune eccezioni.

Le azioni fondate sopra rapporti di famiglia, avendo un carattere affatto personale, non passano punto agli eredi; però, quando queste azioni avessero una connessione anche coi beni, per questo riguardo la trasmissibilità agli eredi non soffrirebbe eccezione alcuna.

Le azioni penali, e, in generale, le azioni, che si fondano sul dolo del reo convenuto, passano agli eredi dell'attore, *haeredibus dantur*, ma non contro gli eredi del reo, *in haeredes non dantur*; se non in quanto siano essi eredi divenuti più ricchi per il delitto del defunto, *in quantum locupletiores facti sunt.* Però quelle azioni che non abbiano per fondamento un diritto di rimborso, ma la vendetta per

[1] Lib. 7, tit. 40. Cod. L. 2, 3.

[2] Cujacius, *Paratit. in* Lib. 4, Cod. tit. 16, 17.

[3] Lib. 4, tit. 17, Cod. - Lib. 4, tit. 12, Inst. § 1. - Keller, C. Pr. § 91. - Puchta § 88. - Vangerow, § 145, Savigny. V. § 230, 211.

una ingiuria personale soltanto, non si trasmettono, nè agli eredi dell'ingiuriato, nè contro gli eredi dell'ingiuriante *actiones meram vindictam spirantes, neque in haeredes, neque ad haeredes transeunt.* [1]

Le azioni reali egualmente non si trasmettono contro gli eredi, non essendo indirizzate contro una determinata persona. Se si promuove contro gli eredi di colui, contro il quale avrebbesi l'azione reale potuto promuovere, non sarebbe mai per la qualità loro di eredi, ma, perchè in fatto, fossero essi stessi lesori del diritto reale, che si vuole far valere. [2]

Le azioni popolari non si trasmettono agli eredi, nè contro gli eredi.

Ciò si osserva anche per l'*actio de calumniatoribus*, e per l'*actio de revocanda donatione.*

La *querela inofficiosi testamenti* non passa agli eredi di quello che potrebbe promuovere la querela; ma può intentarsi contro gli eredi.

Del resto, dopo contestata la lite, *post litis contestationem*, qualunque azione spetta agli eredi e contro gli eredi. L'azione riveste allora il carattere di un contratto, ed è perciò che le conseguenze si estendono anche gli eredi.

§ 122. Azioni *præjudiciales.* [3]

Sono azioni pregiudiziali, *praejudiciales*, quelle che concernono questioni di personalità; *quaestiones de statu.*

Una questione sulla personalità può essere tanto di diritto pubblico, quanto di diritto privato.

Sarebbe di diritto pubblico, per esempio, una questione intorno al diritto di cittadinanza, *quaestio de civitate ex lege Licinia et Mucia*; intorno alla qualità di *ingenuo*, ecc.

Sarebbe di diritto privato una questione, che insorgesse in una vertenza ereditaria, l'esito della quale fosse condizionato alla qualità di figlio legittimo; così, la *vindicatio,* spiegata da un *pater familias* per l'esercizio della *patria potestas* contro chi intendesse di es-

[1] Cfr. Lib. 3, tit. 6, Dig. fr. 4. - Lib. 24, tit. 3. Dig. fr. 15.

[2] Savigny, *Recht des Besitzes.*

[3] Alciatus; *de præparatoriis judiciorum.... quid vindiciæ, prolusio, divinatio, praejudicium et quædam similia.* Parergon *juris.* Lib. 8, cap. 24.

sere sciolto dalla medesima. Nel diritto odierno, *status quaestio* equivale ad una causa sopra rapporti di famiglia.

Molte volte la questione intorno alla personalità costituiva un *praejudicium*, poichè nel procedimento formolare, giusta l'istruzione impartita, *formula*, il giudice doveva innanzi tutto decidere, se ad un tale appartenesse e no un determinato stato di libertà, di cittadinanza, di famiglia. Il *praejudicium* era una formola colla sola *intentio* e non colla *condemnatio*.

Nelle *quaestiones status*, che non fossero accessorie, vi era ancora questo di particolare, nel diritto antico, che quegli, sul di cui stato facevasi questione, non poteva essere nè attore, nè reo convenuto, ma doveva farsi rappresentare da un altro.

Azioni pregiudiziali sono adunque quelle azioni che hanno per oggetto uno stato o un diritto di famiglia.

Queste azioni derivando da un diritto assoluto, e potendo essere promossa contro chiunque contestasse il diritto dell'attore, possono comprendersi fra le azioni reali. *Praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo.* [1]

§ 123. Azioni popolari.

Sono azioni popolari, *populares actiones*, quelle che possono essere promosse da qualunque cittadino. *Eam popularem actionem dicimus, quae suum jus populi tuetur.* [2]

Se sono più attori, il Pretore sceglie il più idoneo. Del resto non è che la persona che goda dell'intiera sua estimazione che possa intentare una azione popolare. *Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est, cui per edictum postulare licet.*

Le azioni popolari debbonsi far valere entro un anno; *supra annum non extenduntur.* [3]

[1] Lib. 4, tit. 6, Inst, § 13. - Il frammento delle Istituzioni ha una conferma anche nel diritto storico, poichè tali quistioni rivestivano anticamente la forma solenne di una *vindicatio ex jure Quiritium.*

[2] Lib. 47, tit. 23, Dig. fr. 1.

[3] Idib. fr. 4, 8.

§ 124. Azioni *adiectitiae qualitatis.*

Diconsi azioni *adiectitiae qualitatis* quelle azioni, a cui è aggiunta una qualifica, *qualitas adjecta*, o per indicare più precisamente il loro scopo, come, per esempio, nell'*actio depositi sequestraria*, o per indicare il motivo, per il quale si può convenire qualcuno pei fatti di un terzo, senza che il convenuto avesse la rappresentanza del terzo.

Sarebbe una azione *adiectitiae qualitatis*, sotto questo secondo rispetto, l'*actio quod jussu*, l'azione che fosse promossa contro un padre per un contratto conchiuso dal figlio di famiglia intorno a cose del padre, in base ad un comando dato dal padre stesso o al figlio o al terzo contraente.

Sarebbero pure azioni *adiectitiae qualitatis*; l'*actio tributoria*; *de peculio; de in rem verso*; *exercitoria*, *institoria.*

Concorrendo insieme varie azioni *adiectitiae qualitatis*, all'attore compete la scelta; ma proposta una delle azioni, le altre rimangono estinte.

§ 125. Valore pratico delle azioni romane.

La teoria delle azioni romane ha dessa perduto ogni valore pratico nel diritto attuale?

È ben vero che nell'odierna procedura, l'omissione, od una erronea indicazione del nome di una azione non sarebbe di pregiudizio alla parte, i di cui atti ed allegazioni rappresentassero siccome giusta ed equa la sua causa. Ma un giudice può egli vagare nel campo indeterminato, se e quale delle parti abbia ragione o torto? Egli è perciò, che lo studio delle azioni giova ancor sempre e all'avvocato e al giudice, per apprezzare con precisione e certezza i vari rapporti di diritto. D'altronde, avendo gli istituti giuridici moderni la loro genesi nelle leggi antiche, perchè lo studio degli antichi modi di protezione del diritto non dovrà giovare nel sistema attuale di procedura, col quale vuolsi ancora proteggere que' rapporti di diritto, che sono una derivazione delle istituzioni giuridiche romane? Noi accogliamo quindi il concetto che la nomenclatura delle

azioni stia al sistema del diritto pratico, presso a poco, come la grammatica sta alla lingua. [1]

§ 126. Concorso delle azioni.

Il concorso di più azioni si suole comunemente distinguere dagli interpreti in concorso *soggettivo ed oggettivo.*

Il concorso dicesi soggettivo, quando una azione appartiene a più persone contro un solo reo, o appartiene ad una sola persona contro più rei, o sianvi più persone, a cui appartenga una azione contro più rei.

Per regola, una azione, intentata da un attore contro un reo, non giova, nè nuoce agli altri. Laonde gli altri possono egualmente perseguire la propria pretesa o difendersi successivamente.

Questa regola soffre però alcune eccezioni, per esempio, quando da più persone non si possa ripetere, o non sia da prestarsi la stessa cosa che una sola volta, *in solidum*; ovvero, concorrano due titoli lucrativi nella stessa persona e cosa, nel quale caso, se la cosa è stata già consegnata da uno, non può esigersi in confronto di un altro.

Il concorso dicesi oggettivo quando una persona ha più azioni contro uno stesso reo.

Il concorso oggettivo si suole poi suddistinguere in *cumulativo*, se le azioni possono essere esercitate l'una dopo l'altra; *elettivo*, se, scelta una azione, ed ottenuto lo scopo, rimangono escluse le altre; *alternativo*, se, scelta una azione, ottenuto o non ottenuto lo scopo, non possono più essere intentate altre azioni; e *successivo*, se tutte le azioni, che competono, possono essere esercitate, ma con un certo ordine.

Veramente, dato un concetto rigorosamente scientifico del concorso di più azioni, si può dubitare della esattezza delle espressioni, colle quali il concorso stesso è presentato nelle varie sue divisioni. Ad ogni modo, poichè siffatte distinzioni sono le più comunemente usitate, noi le riproduciamo per accennare le idee che si ritengono a ciascuna distinzione coordinate.

E, innanzi tutto, parlando del concorso cumulativo, per il quale,

[1] Savigny, *System.* § 224.

le azioni possono essere esercitate l'una dopo l'altra, non possiamo dispensarci dall'osservare, che, a rigore, non vi ha in questo caso un concorso di azioni, nel senso, che l'una azione abbia sull'altra una qualche influenza; potendo essere in tal caso, il concorso, anzichè reale, di mera apparenza. Da un delitto, per esempio, può sorgere una azione di indennità ed una azione penale; e queste due azioni sono senza alcuna influenza l'una sull'altra, essendo l'una dall'altra affatto indipendenti. [1]

In una ingiuria, fatta alla moglie, trovasi offeso anche il marito. Sono anche in questo caso due azioni penali, distinte e separate.

Se vi sono più correi di un furto, l'*actio furti* può esercitarsi per la totalità della pena contro ciascuno dei ladri, come se si trattasse di furti separati, commessi in occasioni diverse, in un'epoca qualunque dell'ultimo anno. *Quid juris*, se con uno stesso atto si sono violate più leggi penali? Competeranno altrettante azioni quante sono le leggi violate? La risposta affermativa è quella rimasta prevalente, in quanto le diverse azioni abbiano per oggetto una pena. *Numquam actiones pœnales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.* [2] — *Numquam actiones præsertim pœnales de eadem re (ex eodem facto) concurrentes alia aliam consumit.* [3] - *Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones.... Omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit.* [4] Del resto, se più leggi penali fossero state pubblicate intorno allo stesso delitto in epoche diverse, non sarebbe che da applicarsi il principio: *lex posterior derogat priori;* e non sarebbe più il caso da noi sopraccennato di più leggi penali, violate collo stesso delitto, come si avrebbe, per esempio, l'*actio furti* e l'*actio legis aquiliae*, concorrenti nel caso in cui fosse stato uno schiavo altrui derubato delle sue vesti e fosse per questo morto di freddo. [5]

[1] Lib. 13, tit. 1, Dig. fr. 7, § 1. - Lib. 17, tit. 2, fr. 45, 46, 47. - Lib. 44, tit. 7, fr. 34, § 2. - Lib. 47, tit. 2; fr. 54, § 3.

[2] Lib. 44, tit. 7, Dig. fr. 60.

[3] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 130. - Lib. 4, tit. 9, Inst. § 1.

[4] Lib. 44, tit. 7, Dig. fr. 32. - Dobbiamo notare che nelle fonti abbiamo anche le contrarie opinioni degli altri giureconsulti che noi riteniamo dai compilatori accennate, in via storica soltanto. V. Appendice della nostra Introduzione allo studio del Diritto Romano, intorno alle *Regole per conciliare le antinomie nell'applicazione del diritto romano.*

[5] Lib. 19, tit. 5, Dig. fr. 14, § 1. *Sed et si servum quis alienum spoliaverit, isque frigore mortuus sit, de vestimentis quidem furti agi poterit, de servo vero in factum agendum criminali poena adversus eum servata*

In quanto al concorso elettivo, per il quale, scelta una azione, rimangono escluse le altre: *Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet;* [1] questo è appoggiato al principio: *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.* [2] Infatti, quando con un'altra azione si chieda la stessa cosa che si ha già ottenuta può dirsi, questa altra azione rimasta già assorbita nella prima. [3] E non sarebbe che nel caso in cui il risultato non fosse identico che potrebbe spiegarsi anche un'altra azione, giusta le cose esposte intorno al concorso delle azioni, che gli interpreti dicono cumulativo; e che per la nessuna influenza, lo ripetiamo, esercitata dalla prima azione sulla seconda, può dubitarsi se possa, a rigore scientifico, dirsi che esista veramente un concorso di azioni. Ad ogni modo, quando colla seconda azione, si potesse ottenere qualche cosa di più di quello che si abbia ottenuto già colla prima azione, non potrebbe dirsi che il concorso sia nè elettivo, nè cumulativo: non elettivo, perchè quest'altra azione, per il di più, non sarebbe esclusa, non essendo tutta assorbita nella prima; e non sarebbe cumulativo, perchè l'altra azione non può essere esercitata che parzialmente.

Quando adunque, con un'altra azione, il risultato dovesse essere identico al risultato già ottenuto, quest'altra azione non potrebbesi più in alcun modo esercitare. Tale sarebbe il caso in cui una parte lesa potesse spiegare, per esempio, contro la parte ledente la *condictio furtiva*, oppure l'azione derivante dal contratto, *actio pro socio, actio mandati, actio locati, commodati;* e simili. Ottenuta l'indennità coll'azione derivante dal contratto, non potrebbe più spiegarsi la *condictio furtiva* e così viceversa.

Invece, quando coll'altra azione potesse ottenersi un risultato più vantaggioso, potrebbe spiegarsi quest'altra azione, tenuto però conto del vantaggio già ottenuto. Così per esempio, ottenuta l'indennità colla *condictio furtiva*, potrebbesi ancora spiegare la vindicazione della cosa contro il ladro, se noi avessimo a preferire la cosa al valore,

[1] Lib. 50, til. 17, Dig. fr. 43.

[2] Ibid. fr. 57.

[3] Sarebbe anche indifferente che la cosa si fosse ottenuta altrimenti che col mezzo di una sentenza, ma volontariamente, o durante la causa, o indipendentemeute da essa; mentre d'altro lato l'altra azione potrebbe esercitarsi sempre, quando la cosa non si fosse ottenuta ad onta della sentenza già pronunziata in un antecedente processo.

e dovremmo, in tal caso, restituire l'indennità ottenuta; e quando il ladro convenuto colla azione di vindicazione rifiutasse di restituirci la cosa nostra, dovrebbe sopportare le più gravose conseguenze del giuramento estimatorio, *jusjurandum in litem*. Molti casi possono altresì verificarsi intorno alla possibilità dell'utile esercizio di una nuova azione nell'applicazione della legge Aquilia, in forza della quale, per una estimazione artificiale del danno, da essa acconsentita, si può, dopo essersi già ottenuta l'indennità coll'azione del contratto, spiegare l'*actio legis Aquiliæ*, per avere il vantaggio di quel di più, che è possibile ottenere colla stessa legge: *id quod amplius competit*: tenuto però sempre conto, nell'indennità totale, della minore somma già ottenuta nella causa precedente.

Abbiamo detto, chiamarsi concorso alternativo, quello, nel quale, una volta scelta una azione, ottenuto o non ottenuto lo scopo, non possono più essere intentate altre azioni. Fu notato che qui vi ha piuttosto un concorso di diritti che non di azioni; poichè ciascuna delle azioni ha per iscopo un oggetto differente. Ma e le azioni non sono esse stesse considerate come diritti? Sarebbe adunque, per esempio, alternativo il concorso delle azioni nei seguenti casi.

Col *pactum commissorium* si può accordare al venditore la facoltà di recedere dalla compera e vendita, qualora il compratore non paghi entro un certo tempo il prezzo. Se il prezzo non è pagato, il venditore può reclamare coll'*actio venditi* la restituzione della propria cosa o il pagamento del prezzo. Il concorso si direbbe è alternativo, perchè, se si dimanda la restituzione della cosa in forza del patto commissorio non si può più dimandare il pagamento del prezzo. [1]

Dall'editto degli Edili sono date ancora nella vendita e compera l'*actio redhibitoria* e l'*actio quanti minoris* o *æstimatoria*. Coll'azione *redhibitoria* si tende allo scioglimento del contratto; coll'azione *quanti minoris* si vuole, che il venditore restituisca tanto del prezzo ottenuto, quanto la cosa ha diminuito di valore, per difetti della cosa stessa. Ora è naturale, che, se si spiega la prima di queste azioni, non può essere più spiegata la seconda. [2]

[1] Lib. 18, tit. 3, Dig. fr. 7.

[2] Lib. 21, tit. 1, Dig. fr. 18, 19, § 6. - Lib. 24, tit. 2, fr. 25, § 1. - Vedi anche Lib. 6, tit. 2, Cod. L. 1. - Ibid. tit. 36, L. ult. - Ibid. tit. 2, fr. 20. - Lib. 3, tit. 6, Dig. fr. 5, § 1 - Lib. 31, Dig. fr. 76, § 8. - Lib. 4, tit. 9, Dig. fr. 3, § 5, fr. 6, § 4. - Lib. 47, Dig. tit. 5, fr. 1, § 3.

Il concorso delle azioni è detto successivo, quando tutte le azioni che competono possono essere esercitate, ma con un certo ordine. E infatti, l'*actio ad exhibendum* deve naturalmente precedere la *rei vindicatio;* e la *hæreditatis petitio* non potrebbe venire dopo l'*actio familiæ erciscundæ.* [1]

TITOLO QUINTO.

CONTESTAZIONE DELLA LITE.

§ 127. Quando possa dirsi contestata la lite.

Vedemmo, come nell'antico sistema formolare, aveva luogo la *litis contestatio,* poichè era ultimata la procedura innanzi al magistrato ed era accettato il *judicium;* [2] e come nel nuovo successivo sistema, avesse luogo la *contestatio litis* in quel punto della procedura, in cui i contendenti avevano espresse le loro pretese, l'attore col suo libello, il reo colla risposta. *Lis tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit.* [3] Ma, oggigiorno basterebbe, perchè si dicesse contestata la lite, che la lite fosse promossa colla intimazione del libello al reo convenuto [4] *Per citationem lis contestatur, et præsertim productione libelli, idest petitionis.* E il libello è appunto un atto scritto, col quale, previa la narrazione del

— Donellus XXI, 3. - Sintenis § 30. - Vangerow 153. - Martens *über concurrenz u. Collision der R. Civilklagen.*

[1] V. Cujacius. *Observ.* Lib. VIII, c. 24.

[2] *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod* ORDINATO JUDICIO *utraque pars dicere solet* TESTES ESTOTE. *Festus* V. *contestari.*

— Alciatus; *comm. in Cod. justin.* Rubr. *de in jus vocando.*

— Keller *über Litis contestation und Urtheil nach classischem R. R.* Idem C. Pr. § 60, 62. - Savigny VI § 256, 79.

[3] Lib. 3, tit. 9, Cod. L. 1. - Cujacius - *Paratitla ad h. t.* - Alciatus *in tit. de verborum et rerum significotione commentario ad* fr. 36.

[4] L'intimazione ha luogo per mezzo di uscieri, *viatores*, ai quali si rilascia atto di ricevuta del libello e si pagano alcune tasse, *sportulæ.* - *Sportularum nominis origo prima ex prandio vel cœna est, quæ in panariolos vel sportellas conjecto dobatur clientibus vice cœnæ rectæ; modo enim dabatur cœna recta, modo in sportuta et ad extremum C. quadrantes, quæ summa etiam sportula dicto est; ac deinde latius porrecta sportularum appellotio est ad solaria, congiario, diario, honorario omnia, ecc.* Cujacius, *Paratitl.* in lib. 3, Cod. tit. 2.

fatto e l'esposizione della causa, l'attore che invoca il soccorso dell'autorità pubblica conchiude dichiarando la sua dimanda.

Il libello deve essere breve ed ordinato, e deve chiaramente contenere: *quid, quale, quantum petatur.* [1]

§ 128. Effetti della *litis contestatio.*

Dal punto che la lite è pendente, *lis pendens*, sono a notarsi le importanti conseguenze che qui accenniamo.

1. La *litis contestatio* interrompe ogni prescrizione; quindi interrompe la prescrizione dell'azione dal lato dell'attore ed annulla gli effetti della usucapione che si compie durante la lite per parte del reo convenuto.

2. La cosa che forma l'oggetto della lite assume i caratteri di una *res litigiosa;* quindi l'attore non può cedere l'azione intentata; e il reo convenuto non può nè alienare, nè cambiare la cosa stessa, che è oggetto della lite. [2]

3. La *litis contestatio* costituisce una obbligazione *quasi ex contractu* di continuare la causa sino al termine, in modo che si renda possibile la condanna del reo anche nel caso ch'egli non comparisse. *Post litem contestatam judicari oportet.*

4. Colla *litis contestatio* è siffattamente determinato l'oggetto della causa, e sono pure determinate le persone contendenti, che non vi si può apportare alcuna essenziale modificazione. [3]

5. Contestata la lite, *lite pendente*, deve essere proseguita ed ultimata innanzi allo stesso magistrato, sebbene questi cessasse poi di

[1] I dottori esprimono le parti sostanziali di un libello sotto questa forma: 1. *narratio facti.* 2. *causa seu medium concludendi,* 3. *conclusio.* E nella *conclusio* è riposta *tota vis libelli.* Prima degli attuali sistemi di procedura solevansi, nel libello, aggiungere varie clausole, delle quali, alcune erano utili, altre utili e necessarie; e tra queste principalmente le cinque che seguono: 1. che l'attore non si proponeva di provare tutti i fatti; *sed tantum ea, quæ sufficiunt ad victoriam causæ consequendam.* Altrimenti l'attore sarebbe stato tenuto a provare tutti i fatti asseriti: 2. che il reo fosse condannato, ecc., e costretto ad eseguire la sentenza, *opportunis juris et facti remediis:* 3. che il reo fosse altresì condannato *in expensis, damnis et interesse;* 4. che intorno a tutte le cose esposte, *jus et justitiam ministrari:* finalmente 5. *salvo jure addendi vel minuendi:* il che avveniva *emendatione libelli etiam post litem contestatam, dummodo non muteretur substantia.*
— Alciatus *comm. in cod, justin.* Lib. 2, rub. *de edendo.*

[2] Lib. 44, tit. 6, Dig. fr. 3, - Lib. 49 tit. 14, Dig. fr. 1.

[3] Cfr. Gaji *comm.* III, § 180.

essere competente, rispetto al reo convenuto. *Ubi acceptum est judicium, ibi et finem accipere debet.* [1]

6. Contestata la lite sorge il diritto nel reo di impetire l'attore per una propria pretesa presso al giudice innanzi al quale, egli fu convenuto, sebbene non sia competente per l'avversario ch'egli riconviene.

7. Dal momento della *litis contestatio* il possessore secondo i vari rapporti di diritto può essere costituito in *mora* ed essere considerato come fosse di mala fede, quando si tratti della restituzione della cosa principale ed accessorj; in altri termini, nelle *actiones in rem*, il possessore, anche di buona fede, dopo contestata la lite non è più considerato che quale amministratore eventuale di una cosa ad altri appartenente, ed è perciò ritenuto responsabile della sua colpa. [2]

8. La contestazione della lite produce, in certo modo, una novazione necessaria; ossia alla precedente obbligazione se ne sostituisce una nuova; [3] e perciò le azioni, che non erano prima trasmissibili agli eredi divengono trasmissibili dopo la *litis contestatio. Post litem contestatam hæredi quoque prospicitur et hæres tenetur ex omnibus causis.* [4]

9. Contestata la lite, avviene una prorogazione volontaria del foro, *prorogatio jurisdictionis*, e quindi una estensione della giurisdizione del giudice a persone e cose alla medesima non sottoposte, se il reo, convenuto avanti un giudice incompetente, non oppone l'eccezione di incompetenza del foro.

La *litis contestatio* produce anche l'estinzione del diritto di azione, *consumptio actionis*, nel senso che l'attore non possa intentare più la medesima azione, avendo egli fatto dipendere dal processo incoato colla contestazione della lite l'esito di quella sua pretesa? Non v'ha

[1] Lib. 2, tit. 1, Dig. fr. 30.

[2] Lib. 6, tit. 1, Dig. fr. 51. - Lib. 12, tit. 1, Dig. fr. 31. - Lib. 5. tit. 3 Dig. fr. 40. - Lib. 6, tit. 1, Dig. fr. 20, 35. - Lib. 5, tit. 3, Dig. fr. 27, 29. - La *mora* risguarda le obbligazioni ed azioni personali. La *mala fides* le *actiones in rem*. La mora consiste in una semplice ommissione e può essere indipendente dalla *mala fides*. Il sostenere una causa nella quale il reo rimanga anche soccombente non è per sè un atto riprovevole; ed è perciò che la mora e la *mala fides* possono rappresentare una questione distinta e non essenzialmente connessa colla *litis contestatio*.

[3] Esistono però alcune differenze fra la novazione prodotta dalla *litis contestatio* e la novazione convenzionale che saranno esposte nel diritto delle obbligazioni.

[4] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 87.

dubbio che la *litis contestatio* produceva questo effetto nel procedimento formolare, *qua de re semel actum est, postea ipso jure agi non potest.* [1] Ma nel diritto odierno essendosi sostituito all'*exceptio rei in judicium deductæ* l'*exceptio rei judicatæ,* pare caduto il principio della consumazione dell'azione.

Titolo Sesto.

DELLA PROVA.

§ 129. Concetto della prova — Sistema dell'intimo convincimento.

La prova è un atto con cui, per mezzo di argomenti, si aggiunge fede ad una cosa dubbia. [2]

In una causa, è dovere dei contendenti di procurare al giudice la certezza del fatto, dal quale credono possano derivare per loro delle giuridiche conseguenze. Per altro, il giudice, nel sistema romano tiene per certi i fatti litigiosi, a norma dell'impressione che le prove esibite dai contendenti fecero sopra l'animo suo; e non è obbligato a dar conto dei mezzi, pei quali si è convinto. Questo sistema è quello che dai processualisti viene detto, *sistema dell'intimo convincimento*; poichè la verità giuridica è riposta, per intiero, nella coscienza del giudice, *ex sententia animi sui.* [3]

§ 130. Soggetto della prova.

Ad ogni modo, il giudice non può farsi carico che dei fatti allegati nella causa e debitamente provati. *Quod non est in actis, non pertinet ad judicis cognitionem.* Sebbene sia poi regola generale che ogni fatto allegato debba essere provato, non occorrerebbe la prova,

[1] Gaji, comm. IV. § 108.

[2] *Intentionis legitima fides.* Cujac. in paral. C. *de prob.* — Gli interpreti dividono la prova in ordinaria e straordinaria. Prova ordinaria è quella che viene fatta per documenti o testimonii. Alla straordinaria appartengono il gioramento, la confessione, ed in alcuni riguardi, l'ispezione oculare del giudice. Si distingue altresì la prova in piena o meno piena. E a questo proposito soggiungono gli interpreti, che la voce pubblica senza altri argomenti non prova nè pienamente nè meno pienamente.

[3] Lib. 22, tit. 5, Dig. L. 3, § 2.

1. pei fatti presunti da una legge particolare; 2. pei fatti irrilevanti; *Non sunt probanda, quæ probata non relevant*; [1] 3. pei fatti notorii. *Non certiorari debet qui non ignorat.* [2]

E come sono soggetto di prova i fatti, quindi non i diritti; *hinc nec jura probanda.* I diritti non possono essere che conseguenze dei fatti in forza di una legge; e come tali, o sono noti al giudice, o debbono esserlo; *aut nota sunt, aut esse debent*; [3] e perciò non occorre che siano provati.

A carico di chi sono le prove dei fatti? A carico di chi gli asserisce: *factum alleganti incumbit probatio.* Chi intenta l'azione deve adunque provare il fatto, da cui gli discende il diritto e la lesione di questo diritto, per parte del suo avversario. *Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.* [4] Del resto, in molti casi non occorre nemmeno la prova della lesione del diritto, poichè, se l'attore chiede che il suo avversario debba adempire una obbligazione, basta sia provato il fatto da cui dipende nell'attore il diritto; essendo appunto il non adempimento della corrispondente obbligazione per parte del reo convenuto che costituisce la lesione del diritto dell'attore.

Il reo convenuto può negare il fatto allegato dall'attore e quindi l'esistenza del diritto che l'attore intendeva derivarne. E in tale ipotesi, se l'attore non ha provato il fatto asserito, il reo convenuto non ha alcun bisogno di provare la sua negazione semplice o motivata che fosse; *quod gratis asseritur, gratis negatur*. Ed è a questo proposito che si ha nel codice il passo: *factum negantis probatio nulla est*; e nel Digesto: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.* [5] Laonde la sentenza è pronunciata in favore del reo: *actore non probante, reus absolvitur.*

Il reo convenuto può non negare il fatto asserito dall'attore, ma rettificarlo o reintegrarlo; ed anche in questo caso non ha l'obbligo

[1] Cf Lib. 4, tit. 19, Cod. L. 21.... *Licet probetur, factum intentioni nullum præbet adminiculum.*

[2] Lib. 19, tit. 1, Dig. fr. 1, in fine - Antonius de Butrio, *tract. de notorio.* - Mascardus *de probat.* c. 1107. - 1111, ad v. *notorium.* - Menochius *de arbitrar. judic.* Lib. 2; de *præsumpt.* Lib. 1, *quæst.* 67. - Importa, per altro di notare, che, se fosse negata la *notorietà* del fatto, converrebbe provare la notorietà stessa; De Luca *Theat. ver. et justit.* L. XV.

[3] Voet *ad Pandectas.* Lib. 22, tit. 3, 8.

[4] Lib. 22, tit, 3, Dig. fr. 21.

[5] Lib. 22, tit. 3. Dig. fr. 2. - Lib. 4, tit. 19, Cod. L. 23.

di provare le rettificazioni, se l'attore non ha provato il fatto che il reo credette ammettere con limitazioni.

Il reo convenuto può non negare il fatto asserito dall'attore, ma opporre altri fatti che mettano un ostacolo all'azione. L'attore reclama un credito a titolo di mutuo, ed il reo oppone il fatto pagamento. In questo caso incumbe al reo convenuto la prova del fatto pagamento; *ejus rei probationem præstare cogitur.* [1]

Finalmente può darsi che il convenuto, senza negare il diritto accampato dall'attore, gli opponga un proprio altro diritto, che vale a paralizzare il diritto dell'avversario. Per esempio, all'azione promossa dall'attore, il reo oppone l'*exceptio rei judicatæ*. Anche in questo caso il reo convenuto deve provare il suo mezzo di difesa, il diritto suo che paralizza il diritto dell'attore. *Reus excipiendo fit actor.* Donde l'assioma; *actor probat actionem, reus probat exceptionem.* Ma, intorno a questo assioma, è a notarsi che, o per *exceptio* intendesi ogni mezzo di difesa e l'assioma non è sempre applicabile, poichè, già notammo che, *negantis nulla est probatio;* o per *exceptio* intendesi quel mezzo di difesa, col quale senza *negare il diritto* dell'attore gli si *oppone un altro diritto*, per cui il convenuto, o in generale, o almeno attualmente e nelle presenti circostanze, non sia tenuto di soddisfare alla domanda dell'attore, ed è questo il senso tecnico dell'*exceptio*; [2] e l'assioma succennato è in tal caso esatto; ma non possiamo dimenticare che il reo convenuto deve provare anche i fatti che oppone e che estinguono il diritto dell'attore, i quali fatti, oggigiorno, dai processualisti vengono accennati sotto il nome di eccezioni, ma non sarebbero eccezioni nella precisione del linguaggio romano.

Dicasi lo stesso dell'assioma *negantis nulla est probatio*, che altrettanto è vero nel significato, che gratuitamente si può negare ciò che senza prova fu asserito, [3] è invece falso questo assioma, quando si credesse attribuirvi il senso che i *fatti negativi* non siano soggetto di prova; poichè la prova di una negazione può darsi tanto indirettamente, per esempio, coll'*alibi;* come direttamente, con testimoni, con giuramento, ecc.

[1] Lib. 4, tit. 19, Cod. L. 1.

[2] *Exceptio*, era in origine una clausola limitativa posta dal Pretore nella formola dell'azione.

[3] È in questo senso che si può accogliere il noto assioma di Accursius: *Plus credi duobus affirmantibus, quam mille negantibus.*

E in vero, fatto è ciò che cade sotto i sensi e di cui si deve procurare al giudice una certezza. Ora, anche un fatto negativo cade sotto i sensi, e può essere fonte di rapporti giuridici. Quindi nell'assioma: *factum alleganti incumbit probatio*, possono e debbono comprendersi anche i fatti negativi. Il contendente affermi adunque o neghi, deve dare la prova di quel fatto positivo o negativo, da cui scaturiscono rapporti giuridici, e che può essere percepito coi sensi. D'altronde non è egli vero che una negazione può ad un tempo contenere una affermazione e viceversa? Se io nego che ad altri spetti un diritto sopra un mio fondo, affermo, in sostanza, che il mio fondo è pienamente libero. Così se io affermo di avere pagato ciò che non doveva, nego sostanzialmente di dovere ciò che ho pagato.[1] Ora, se dei fatti negativi non si avesse l'obbligo di dare la prova, sarebbe troppo facile l'esimersi da un tal peso, curando di appoggiare il proprio assunto alla forma della negazione, anzichè a quella della affermazione. Adunque, chi negasse di dovere ciò che ha pagato non potrebbe giovarsi del testo: *ei incumbit probatio qui dicit; non qui negat,* quando l'avversario sostenesse che ciò gli fu debitamente pagato; ma dovrebbe egli provare che il pagamento fu indebitamente eseguito. Infatti, chi paga, non si presume che getti il suo denaro, e perciò, chi nega di dovere ciò che ha pagato è obbligato a produrre le prove di avere fatto un indebito pagamento, *per dolum accipientis*, ovvero, *per aliquam justam ignorantiæ causam.* Imperocchè chi paga, *nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat.*[2]

§ 131. Conflitto di prove.

Quid juris, se vi ha un conflitto di prove, vale a dire, se una parte diede una prova del proprio assunto e l'altra parte una riprova, cioè una prova dell'assunto contrario? Nel sistema romano il giudice, in generale, non avrebbe che ad interrogare la propria coscienza per decidere, quale delle prove esibite abbia fatta una impressione prevalente nell'animo suo. *Ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris. In exercen-*

[1] Duarenus *in tit. de probationibus* Cap. XII, *An sit affirmatio, an negatio magis ex re ipsa, quam ex verborum conceptione apparet.*
[2] Lib. 22, tit. 3, Dig. fr. 25.

dis litibus eamdem vim obtinent, tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. [1]

§ 132. Delle presunzioni.

Dalla prova differisce la presunzione. La presunzione può dirsi l'ammissione di un fatto, come vero, per motivi di verisimiglianza. [2]

Gli interpreti distinguono la presunzione in presunzione di fatto, *præsumptio facti vel hominis*, ed in presunzione di legge.

La presunzione dicesi di fatto, quando l'ammissione del fatto, come vero, sia rimessa al criterio del giudice.

La presunzione è di legge, quando la presunzione sia fondata appunto in una legge, a cui deve il giudice uniformarsi.

La presunzione di legge si suddistingue poi in presunzione *juris*, ed in presunzione *juris et de jure.*

La presunzione *juris* è quella che ammette la prova in contrario; *nisi contrarium probetur.* Tale è la presunzione nel caso, in cui sia perito un figlio con suo padre, poichè, se il figlio è pubere si presume che sia il figlio sopravvissuto al padre; se impubere che sia al padre premorto; [3] ma la presunzione cede alla prova; *presumptio cedit probationi.*

La presunzione *juris et de jure* è quella che non ammette la prova in contrario. Tale sarebbe la presunzione che sia illegittimo il figlio dopo dieci mesi dallo scioglimento del matrimonio. [4] Dessa non ammette che la prova della mancanza delle qualità e circostanze che la legge richiede a costituirla. [5]

[1] Lib. 22, tit. 5, Dig. fr. 3, § 2. - Cfr. Lib. 22, tit. 3, Dig. fr. 10. - *Census et monumenta publica potiora testibus esse Senatus censuit;* e Lib. IV, tit. 20, Cod. L. 2, 3, 4.

[2] *Præsumptio est probabilis conjectura ex certo signo proveniens, quæ alio non adducto pro veritute habetur.* Alciatus, *Tractatus de præsumptionibus cum annot. Joan. Nic. Areletani*

[3] Lib. 34, tit. 5, Dig. fr. 9, § 4.

[4] Lib. 38, tit. 16, Dig. fr. 3. *Post decem mentes mortis natus non admittetur ad legitimam hæreditatem.*

[5] *Cum lex requirat certas qualitates in actu in quo inducit talem præsumptionem semper admittuntur probationes quod quis non sit in tali casu vel non concurrat aliqua ex requisitis qualitatibus.* Alciatus, *Tract. de præsumpt.*

Colla presunzione *juris et de jure* non si deve confondere la finzione giuridica, *fictio juris*. La finzione giuridica è l'ammissione di un fatto possibile, come vero, sebbene contrario alla realtà.

Si presume ciò che è verisimile, si finge ciò che non è, e che è soltanto possibile che sia.

La finzione giuridica ha di comune colla presunzione *juris et de jure* che esclude essa pure la prova del contrario.

§ 133. Dei mezzi di prova.

Secondo le fonti, possono servire come mezzi di prova, i documenti, la testimonianza, la perizia, il concorso di indizii.[1]

Tra i mezzi di prova non abbiamo accennato la confessione ed il giuramento; poichè, per le nostre fonti, non sono veramente mezzi di prova, che stabiliscano una convinzione, ma sono forme che tengono luogo di una sentenza, o almeno che determinano il giudice, che gli impongono, convinto o no, di conformare la sua decisione alle forme stesse. La confessione adunque ed il giuramento non risguardano soltanto i fatti come gli altri mezzi di prova, ma possono anche risguardare, al pari di una sentenza, i rapporti di diritto. Chi confessa non potrebbe costituirsi donante sotto la forma della confessione? *Nihil quæritur - Confessio pro veritate accipitur.* E chi giura per il *suo maggior bene*,[2] non potrebbe preferire il vantaggio che gli deriva dal vincere il processo ai danni di un falso giuramento? Nel giuramento vi ha una finzione di verità; ma intanto, *non aliud quæritur, quam an juratum sit.* Il giuramento tiene luogo della cosa giudicata, *vicem rei judicatæ obtinet.* Anzi, risolvendosi in una specie di transazione, ha ancora maggiore autorità della cosa giudicata. *Jusjurandum transactionis speciem continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata.*[3]

[1] *Duæ precipuæ sunt maximæque probationum species:* INSTRUMENTA *et* PERSONÆ. *Addi possunt argumenta, signa, indicia....* Cujacius *Paratit in* Lib 4, Cod. tit. 19, 20, 21.

[2] Il giuramento più comune « *Deo favente* ». « Così Dio mi ajuti » si risolve appunto in un giuramento per il *proprio maggior bene, per la propria salute*, ecc.

[3] Lib. 12, tit. 2, Dig. fr. 2.

§ 134. Dei Documenti.

Sotto la denominazione di documenti, *instrumenta*, s'intende tutto ciò che può servire all'instruzione della causa, *quibus causa instrui potest*, e quindi, anche i testimoni. Qui documento è preso in senso rigoroso di uno scritto, *scriptura*, da cui sia attestato un fatto. [1]

I documenti sono a distinguersi in pubblici e privati. Il documento è pubblico se è eretto da un magistrato o da un notajo. [2] In caso contrario il documento è privato. Nelle fonti è pure menzionato un documento, *quasi publice confectum*; ed è quello che è sottoscritto almeno da tre testimoni, degni di fede. [3]

La prova per documenti è ritenuta per una delle migliori prove, massime se il documento è pubblico.

I documenti privati formano prova *contro* chi ne è l'autore; non in favore dell'autore, nè, in generale, contro i terzi. Da qui l'assioma: *scriptura probat contra scribentem*. Sarebbe infatti cosa troppo pericolosa, se si prestasse fede ad uno scritto, in cui taluno, da sè stesso, si costituisse creditore verso un terzo, od altrimenti imponesse ad un terzo delle obbligazioni. *Exemplo perniciosum est ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria, debitorem constituit.* [4] Se uno poi negasse che uno scritto è di sua mano, potrebbe esserne convinto coi comuni mezzi probatorj, od anche con altro suo scritto di indubbio carattere. *Ex comparatione is convincatur, hoc est, alia ejus prolata manu et comparata cum eo quæ est in libello.* [5]

[1] Lib. 22, tit. 4, Dig. fr. 1, 4, 5. - Alciatus; *cauta, recauta, apochæ in jure nostro quid significent*. Parergon juris, Lib. 8, caput 17.

[2] I *tabularii* o *tabelliones* esercitavano in Roma alcune funzioni che corrispondevano a quelle dei nostri notaj. Non si possono però confondere i notai coi *tabularii* antichi. V. Nov. 44. *De tabellionibus et ut protocolla demittant in chartis. - Publicum non est accipiendum in hoc tractatu..:. quod populi est, (populicum). - Instrumentum publicum est quod auctoritate publica vel a persona publica fit*. Duarenus in tit. *de fide instrumentorum*.

[3] Lib. 8, tit. 18, Cod. L. 11. - Alciatus. *Comment. in cod. iustin.* Lib. 2, rub. *de edendo*.

[4] V. Lib. 4, tit. 19, Cod. L. 7, e la legge 6 precedente. *Rationes defuncti quæ in bonis ejus inveniuntur ad probationem sibi debitæ quantitatis solas sufficere non posse, sæpe rescriptum est.*

[5] Lib. 4, tit. 21, Cod. L. 16. Vedi intorno alla comparazione dei caratteri anche la legge 20 di questo titolo 21.

Del resto, perchè un documento sia provante, quale sarebbe un chirografo di debito, deve oltre che l'obbligazione, indicare anche il fondamento, la causa dell'obbligazione stessa. Altrimenti il possessore del chirografo, steso indebitamente, *indebite, indiscrete*, sulla contraddizione della parte contraria, dovrebbe, con altri argomenti provare il fatto, che serve di fondamento al debito.

Conviene notare altresì, che se in un documento si fa menzione di un altro documento, non si può esigere alcuna cosa in base ad una tale menzione se non quando si produce il documento menzionato, ovvero si adducano altre prove legali intorno al fatto accennato nel documento che non si produce;[1] donde l'assioma; *referens sine relato nihil probat.* La perdita dei documenti non porta con sè la perdita del diritto, quando possa altrimenti essere provato; *si modo manifestis probationibus (debitorem) esse apparuerit.*[2] Nel caso di simulazioni, si ha, come è naturale, maggior riguardo alla verità che non al contenuto nelle scritture. *Rei veritas potius quam scriptura perspici debet.*[3]

§ 135. Dei Testimonii.

L'uso dei testimonii è frequente anche nelle questioni pecuniarie; *adhiberi quoque testes possunt etiam in pecuniariis litibus.*[4] Per altro pare non fosse ammissibile una simile prova di fronte ad un documento scritto. *Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur.*[5] In quanto al numero, perchè non fosse prodotta una superflua moltitudine di testimoni, il giudice non permetteva l'ammissione che di quelli che si credessero necessarii; avuto riguardo alla dignità, alla fede, alla moralità e gravità delle persone chia-

[1] Nov. 119, Cap. 3.

[2] Lib. 4, tit. 21, Cod. L. 1, 4, 11.

[3] Lib. 4, tit. 22, Cod. L. 1.

[4] Alciatus, *Testis quis et unde dictus*, Parergon *juris*, lib. 2, cap. 20.

[5] Lib. 4, tit. 20, Cod. L. 1. – È però questo un testo reintegrato da Cujacio (Lib. 13 *observ.* cap. 38) in base ai libri Basilici. Questa sentenza era pure espressa da Ermenopulo colle seguenti parole: Αγραφος μαρτυρια κατα εγγαφου μαρτυριας ισχυειν ου δυναται. – *Sola testatione prolatam nec aliis legitimis adminiculis causam approbatam, nullius esse momenti certum est.* Lib. 4, tit. 20, Lod. L. 4.

mate a deporre. *In testimoniis dignitas, fides, mores, gravitas examinanda est.* [1]

In generale, due testimonii bastavano per provare la realtà di un fatto; e in casi eccezionali, se ne esigeva anche un numero maggiore. *Ubi numerus testium non adjicitur etiam duo sufficiut; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est.* [2] La legge stabilisce poi, quali persone possano essere testimonii non idonei, *qui adversus fidem testationis vacillant*, e fra questi più specialmente coloro che si trovassero in un rapporto immediato di obbedienza in confronto di colui che gli avesse a produrre; *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant,* [3] e così quelli che fossero testimonii in causa propria. *Nullus ideonus testis in re sua intelligitur.* [4]

La falsa testimonianza è poi punita, a norma delle circostanze. *Qui falso vel varie testimonia dixerunt vel utrique parti prodiderunt a judicibus competenter puniuntur.* [5]

§ 136. **Periti.**

Riguardo alla perizia, come mezzo probatorio, poteva ben di rado occorrere nell'antica procedura, poichè, nella separazione del *jus* dal *judicium*, la lite poteva essere demandata ad arbitri, che avessero le cognizioni tecniche richieste per la specialità dei casi, onde emettere la decisione. Ad ogni modo, noi troviamo, nelle più remote tradizioni, ricordati fra i periti gli *agrimensores*, troviamo un cenno nel Digesto di periti nel fare le ragioni, ossia i conti; [6] e nella novella 64, di periti nella floricoltura. E certamente, col sistema dei giudizii straordinari, poteva essere frequente il caso, che dai contendenti venisse provocata una perizia, quando si trattasse di giudicare della qualità o dello stato di cose, per il di cui giudizio fosse necessaria una particolare esperienza o indispensabile il possesso di cognizioni

[1] Lib. 22, tit. 5, Dig. fr. 1, § 2, fr. 2.
[2] Ibid. fr. 12. - La deposizione di un solo testimonio non fa mai prova ancorchè sia insignito della dignità senatoria. *Manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi præclaro curiæ honore præfulgeat.* Lib. 4, tit. 20, Cod. L. 9, § 1.
[3] Lib. 22, tit. 5, Dig. fr. 2 - 25.
[4] Ibid. - V. anche Lib. 4, tit. 20, Cod. L. 10.
[5] Ibid. Dig. fr. 16. - V. pure Ibid. Cod. L. 13.
[6] Lib. 11, tit. 6, fr. 6, § 4.

estranee agli studii del diritto. Intorno alla prova per periti, non abbiamo però nel diritto romano disposizioni speciali, da cui potesse essere regolata.

§ 137. **Concorso di indizii.**

Intorno al concorso di indizii che possono stabilire nel giudice la convinzione della verità dei fatti allegati, non abbiamo nelle fonti disposizioni speciali, che servano di guida, essendo l'attendibilità e l'importanza degli indizii stessi rimessa al prudente criterio del giudice. *Nullo certo modo satis definiri potest... Sed ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris.* [1]

§ 138. **Confessione.**

Dicemmo che la confessione teneva luogo di un giudicato; e questo era proprio della *confessio in jure* nell'antico sistema di procedura. Se adunque il convenuto, innanzi al magistrato, in *jure*, ammetteva come giuste le pretese dell'attore, questa sua ammissione corrispondeva ad una sentenza contro di lui. Si rendeva perciò inutile il *judicium*; il processo non aveva più un seguito ulteriore. *Confessus in jure pro judicato habetur.* [2] Se poi, la confessione era fatta, non innanzi al magistrato, ma innanzi al giudice o agli arbitri, la decisione aveva luogo; ma questa, come è naturale, veniva determinata dalla fatta confessione.

Dobbiamo notare però, che nell'antica procedura, il principio: *confessus in jure pro judicato habetur*, non aveva la sua applicazione che nel caso, in cui la dimanda dell'attore fosse di una somma determinata di danaro, ed in questo caso, il termine legale ad adempire l'obbligazione era lo stesso che era stabilito da una sentenza. [3]

Se invece era oggetto della causa altra cosa determinata o indeterminata, e la confessione non risguardava una somma di denaro corrispondente, aveva luogo il *judicium*; e il giudice o gli arbitri,

[1] Lib. 22, tit. 5, Dig. fr. 3, § 2.
[2] Lib. 22, tit. 2, Dig. fr. 1, 3, 6, § 2.
[3] *Aeris confessi rebusque judicatis triginta dies justi sunto.* A. Gell. XX, 10.

tenuto conto della confessione fatta dal convenuto, determinavano essi la somma di danaro, che avrebbe dovuto essere pagata.

Dobbiamo notare altresì che la confessione *in jure* o *in judicio* aveva gli effetti, testè accennati, quando la confessione si riferisse ad un diritto sui beni, di cui si avesse libera la disposizione. Non avrebbe avuto tali effetti, se risguardasse invece la libertà personale o la nullità di un matrimonio.

Dobbiamo notare finalmente che, col sistema dei giudizii straornari, cessata la separazione del *jus* dal *judicium*, non essendo più possibile altra confessione fuori di quella fatta *in judicio*, rimase sempre l'effetto di essere la confessione stessa, siccome base della sentenza, per l'obbligo nel giudice di conformarvi esattamente la sua decisione.

Colla *confessio in jure* ha una grande analogia l'*interrogatio* e la *responsio in jure*. E questa ha luogo quando l'esito di una causa sia dipendente da una questione pregiudiziale. Or bene, tanto l'attore quanto il giudice possono proporre una tale questione al convenuto, ed è appunto il tenore della risposta che può vincolare il convenuto stesso al pari di una *confessio in jure*. Per altro, siccome l'*interrogatio* non risguarda che una questione pregiudiziale, è inutile soggiungere, che il processo continua poi sull'oggetto principale. [1] Del resto, quella che anticamente era *interrogatio in jure*, abolito l'*ordo judiciorum civilium*, non fu più che una *interrogatio* ed una *responsio in judicio*.

Ora si dimanda. Il convenuto può revocare la fatta confessione contraria al vero, provando che fu fatta per errore? Noi dicemmo che la confessione non è per le fonti una prova, e come tale, non si può parlare di riprova. La confessione è equiparata ad un giudicato, e la cosa giudicata si ha come una verità. *Res judicata pro veritate habetur*. Adunque, in quei casi soltanto in cui sarà ammissibile, contro una sentenza, il rimedio straordinario della restituzione in intiero, in questi soli casi potranno, di regola, essere tolti anche gli effetti di una confessione. Diciamo, di regola, poichè, in alcuni casi eccezionali tali effetti non potrebbero essere tolti, come sarebbe per esempio, quando la confessione giudiziale avesse i caratteri di

[1] La formola nell'antica procedura poteva essere redatta, per esempio, nei seguenti termini in base alla *interrogatio:* QUOD N. NEGIDIUS INTERROGATUS RESPONDIT SE ESSE SEJI HAEREDEM EX SEMISSE, SI PARET SEJUM A. AGERIO CENTUM DARE OPORTERE, N. NEGIDIUM CONDEMNA.

una transazione per evitare la condanna del doppio del valore, *ubi lis inficiando crescit in duplum.* [1]

Nelle fonti non è soltanto riconosciuta la confessione emessa nel processo, confessione giudiziale, ma anche quella emessa fuori di un processo, confessione stragiudiziale. La confessione stragiudiziale serve di prova dei fatti contrari all'interesse proprio di chi gli ha confessati. Questa confessione però non ha che gli effetti di una presunzione *juris*. I fatti adunque confessati stragiudizialmente si ritengono veri, se non sia provato il contrario, *nisi contrarium probetur.* [2] Del resto, se fosse negata la realtà della confessione stragiudiziale, chi volesse giovarsene dovrebbe fornirne la prova, come di un altro fatto qualunque.

§ 139. Del Giuramento.

La religione del giuramento fu rispettata sempre presso i Romani; e severissime pene erano pronunciate contro lo spergiuro. [3]

Il giuramento, per le nostre fonti, può dirsi un atto solenne con cui si afferma la verità di una dichiarazione, per quanto si ha di più prezioso, di più sacro e santo. Pel diritto romano antico si poteva in fatti giurare per la propria salute, per la salute dei proprii figli, pel genio del Principe, per Dio, ecc. [4] Giustiniano stabilì poi, che si prestasse il giuramento, ponendo la mano sui santi Evangeli. [5]

[1] Savigny *System* § 307.

[2] Lib. 2, tit. 14, Dig. fr. 40. - Lib. 22, tit. 3, Dig. fr. 25, § 4.

[3] *Est jusjurandum affirmatio religiosa. Quod autem affirmate, quasi Deo teste promiseris, id tuendum est.* Cic. *de officiis* III, 29. - È noto come Giove fosse il Dio che presiedeva ai giuramenti, e come, essendosi gli uomini formato il cielo ad immagine della terra, la favola introduca aucho gli Dei a giurare *pel fiume Stige;* e come Giove stabilisse pene severissime contro gli stessi Dei, che osassero violare la religione del giuramento.

[4] Lib. 12, tit. 2, Dig. fr. 3, § 4, fr. 5, fr. 33. Il *jusjurandum per Deum* dicevasi poi per *Jovem Lapidem.* Il giurante pronunziava queste parole: *Si sciens fallo, tu me Diespiter salva urbe arceque bonis ejicias ut ego hunc lapidem.* Festus alla par. *Lapidem.*

[5] . . . . *Tangentes sancta Evangelia jurare....* Nov. 124, c. 1. - Anticamente si imprecava contro di sè la vendetta di Dio, mentendo, ed una tale imprecazione era espressa nelle formole del giuramento. Oggigiorno, non è più che sottintesa. D'ordinario, le parole, IO LO GIURO, sono tutta la formola del giuramento. Gli Ebrei giurano, toccando la Bibbia, nel punto in cui si trovano i dieci comandamenti di Mosè. - Fu già osservato, che il giuramento è simile al credito, che tanto meno vale, quanto più se ne fa uso. E perchè non se ne faccia quindi un abuso,

La dichiarazione, di cui si afferma la verità col giuramento, può riferirsi al futuro; e il giuramento dicesi allora promissorio, *promissorium*, e si assicura con esso l'esecuzione di una promessa: può riferirsi al passato; e il giuramento dicesi allora assertorio, *assertorium*. Il giuramento, subbiettivamente considerato, può essere giuramento di parte e giuramento di testimonii; e il giuramento di testimonii si risolve in una formalità di prova.

Invece il giuramento che può essere deferito da una delle parti all'altra, *jusjurandum delatum*, è il giuramento che ha, nel diritto romano, caratteri speciali, e può tenere luogo di un giudicato; ed è di questo giuramento, di cui noi vogliamo appunto fare un cenno, ommettendo quanto può riferirsi al giuramento che si presta, nei rapporti di diritto pubblico, dai soldati, dai pubblici funzionari, dai tutori; e in rapporti di diritto privato, dai liberti che promettono servigi al patrono; o per rendere un atto civile irrescindibile, mentre, senza il giuramento, con altri rimedii di legge avrebbe potuto essere quell'atto invalidato.

§ 140. *Jusjurandum delatum.*

Se, offrendo una parte il proprio giuramento, potesse raggiungere lo scopo di stabilire essa stessa, come certo, un rapporto di diritto, che da prima fosse incerto o dubbioso, se, offrendo una parte il giuramento, potesse raggiungere lo scopo di troncare un processo e di avere una sentenza in proprio favore, colla prestazione del giuramento, sarebbe troppo facilmente aperta la via all'impudenza ed alla malizia di trarne favorevoli partiti. [1] In massima, nessuno può esso stesso ricorrere al giuramento. Il giuramento deve invece essere *deferito* da una delle parti all'altra; ed è, sotto queste condizioni, che prestato il giuramento, tiene esso luogo di un giudicato.

e sia il giuramento riservato alle sole occasioni gravi e solenni, converrebbe avere presente ciò che sta scritto nelle nuove sacre carte « *Io vi dico che non bisogna giurare; ma la vostra parola sia* SI o NO. - Del resto era già celebre la sentenza di un celebre filosofo: ὅρκῳ μὴ χρῶ.

[1] *Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiæ.* Lib. 12, tit. 2, Dig. fr. 1.

In questo caso è una delle parti che confida nella religiosità dell'altra parte, nella di lei onoratezza, e spera, in certo modo, che l'avversario vorrà piuttosto rinunziare alla sua pretesa, non prestando il giuramento, di quello che ottenere una vittoria conculcando le leggi umane e divine.

Il giuramento può essere da una all'altra parte deferito in un processo e fuori di un processo.

In un processo, nell'antico sistema di procedura, poteva essere deferito *in jure*, avanti al Pretore; e in *judicio*, avanti al giudice.

Se il giuramento è deferito fuori di un processo, *stragiudizialmente*, quegli, a cui fu deferito, può accettare il giuramento deferitogli; può rifiutarsi espressamente di prestarlo; può dare anche nessuna risposta. Egli non può essere obbligato punto a prestarlo, non essendovi alcun pregiudizio per la non prestazione. Questo è perciò il giuramento che dicesi volontario, *voluntarium*, e che non può esser riferito al deferente, appunto perchè quegli a cui fu deferito, non è nella necessità di riferirlo per evitare la prestazione del giuramento, dal momento che, come dicemmo, può fare a meno di prestarlo senza pregiudizio alcuno. *Jusjurandum, quod extra judicium defertur, referri non potest.* [1]

Se il giuramento è invece deferito in un processo, il giuramento dicesi allora necessario, *necessarium*. La parte, a cui è deferito, è nella necessità di prestarlo, se non vuole perdere la causa; *aut jurare aut solvere;* [2] a meno che non eviti la prestazione col riferire il giuramento al proprio avversario. [3]

Se quegli, a cui fu deferito il giuramento, presta il giuramento, si ritiene per vero il fatto, o il rapporto di diritto a sensi del giuramento deferito e prestato. [4] Se quegli, a cui fu deferito il giura-

[1] Lib. 12, tit. 2, Dig. fr. 17.

[2] *Ait prætor eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam. Alterum itaque eligat reus, aut solvat, aut juret; si non jurat, solvere cogendus erit a prætore.* Ibid. fr. 34, § 6, Cfr. fr 35, § 2.

[3] *Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jusjurandum referre.* Ibid. fr. 38.

[4] In quanto agli effetti, questi sono i medesimi per una confessione e per un giuramento che per un giudicato. Il giuramento trasforma il rapporto di diritto precedente; ed è perciò che nelle fonti è pareggiato, ora al pagamento, ora alla novazione o al *constitutum*. – *Sufficit esse juratum, quia juramentum pro veritate habetur et facit de non debito debitum.* Io. Oinotomus, *In quat. lib. Inst. imp. comment.* Lib. 4, tit. 6.

mento non lo presta, si ritiene per vero il fatto o il rapporto di diritto come era asserito dalla parte contraria. Se poi quegli, a cui fu deferito il giuramento, lo ha riferito alla parte contraria, è questa obbligata allora ad accettare il giuramento, sotto pena, non prestandolo, di rimanere essa soccombente nella causa.

Il giuramento riferito può essere prestato, come avrebbe dovuto prestarlo quegli al quale era stato deferito, e può essere anche, secondo il prudente arbitrio del magistrato, prestato sotto diverse espressioni.

Nell'antica procedura, col giuramento deferito *in jure*, se il giuramento era prestato dal convenuto, il pretore rigettava per decreto la dimanda. Se era invece prestato dall'attore, convien distinguere se l'azione aveva per oggetto una somma di danaro, determinata o no. Nel primo caso il giuramento teneva luogo di un giudicato, cogli effetti della esecuzione. Se l'azione non aveva per oggetto una somma di danaro determinata, il giudice aveva l'ufficio di fissare il valore; ma egli non aveva più bisogno alcuno di constatare i fatti.

Abolito l'*ordo judiciorum*, non è più *in jure*, ma *in judicio*, non innanzi al pretore ma innanzi al giudice, che viene deferito il giuramento; e gli effetti sono poi gli stessi che abbiamo ora accennati, intorno al giuramento deferito *in jure*, innanzi al Pretore.

Risulta dalle esposte cose, che deferendosi il giuramento, si rimette la decisione della controversia alla discrezione dell'avversario; e che perciò, ben giustamente il giureconsulto Paolo ravvisava nel giuramento una specie di transazione. Laonde l'impubere non può deferire il giuramento, senza l'autorità del tutore, poichè, col giuramento, può rendere deteriore la condizione sua. [1] Potrebbe deferire il giuramento un minorenne, ma in suo favore può essere poi invocato il rimedio straordinario della restituzione in intiero. Così negli altri casi in cui è costituito un curatore, la facoltà di deferire il giuramento non è nella persona sottoposta a cura, ma si bene nella persona del curatore.

Egualmente può deferire il giuramento un procuratore, che ha l'amministrazione generale dei beni, ovvero, che ha per ciò un mandato speciale, o se si tratta di un affare particolare a lui. [2]

[1] *Pupillus tutore auctore jusjurandum deferre debet.* Lib. 12, tit. 2, Dig. fr. 17, § 5.
[2] Ibid. fr. 17, § 3.

Invece può essere deferito il giuramento al pupillo che, sebbene non obbligato a giurare [1] *potrebbe* pure prestare il giuramento, migliorando la condizione sua, quando lo acconsentisse la verità dei fatti, o che i rapporti di diritto fossero in armonia col giuramento. Il procuratore per la parte contendente, fosse questa anche una persona giuridica, lo schiavo per il padrone, il figlio di famiglia, *possono* pure prestare il giuramento, che a loro sia stato deferito.

In quanto alla persona giuridica, il caso più facile a verificarsi è che il giuramento sia deferito a quelli che hanno la legittima rappresentanza della persona giuridica contendente, non potendo deferirsi a coloro che non abbiano cognizione dei fatti controversi.

In quanto alla forma del giuramento, questa può essere, come abbiamo già accennato, tanto sopra un fatto, quanto sopra un rapporto di diritto; ma è importante a notarsi, che, sia sopra un fatto, sia sopra un rapporto di diritto, il giuramento deve prestarsi nei termini precisi in cui fu deferito. In quanto al luogo, per regola, è il luogo in cui siede il giudice ad amministrare la giustizia. Solo in via di eccezione, potrebbe essere prestato il giuramento al domicilio della parte, quando fosse questa affetta da una infermità, o si credesse di usarle, per l'alta condizione sua, un riguardo affatto eccezionale. [2]

La parte, che ha deferito il giuramento, potrebbe accontentarsi dell'atto di accettazione per parte dell'avversario; e nella convinzione della sua onestà condonargliene la prestazione; con che gli effetti sarebbero gli stessi, come se la parte, a cui il giuramento fu deferito, lo avesse anche in realtà prestato. [3] E notiamo a questo proposito che colui, al quale è deferito il giuramento, può pretendere che il suo avversario incominci egli ad attestare col giuramento la sua buona fede, *jusjurandum de calumnia*; e, quando questi non prestasse un tale giuramento, il suo rifiuto equivarrebbe ancora al condono del giuramento deferito.

[1] È nel senso di non essere il pupillo tenuto a giurare che al Lib. 12, tit. 2, del Dig. fr. 34, § 3, abbiamo: *Pupillo non defertur jusjurandum.*

[2] *Ad personas egregias eosque, qui valetudine impediuntur domum mitti oportet ad jurandum.*

[3] *Remittit jusjurandum, qui, deferente se, cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi.* Lib. 12, tit. 2, Dig. fr. 6.

Del resto, è inutile il soggiungere che nessuno può essere mai obbligato a prestare un giuramento intorno a ciò, su cui non abbia cognizione, ed in specialità intorno ai fatti di un terzo, ai quali non sia stato testimonio.

§ 141. *Jusjurandum judiciale* (suppletorio o purgatorio)

Non è a confondersi il giuramento deferito, *jusjurandum necessarium*, da una delle parti, col giuramento deferito d'ufficio dallo stesso giudice, *jusjurandum judiciale*, e che i moderni chiamano giuramento suppletorio, se serve a completare una prova incompleta e purgatorio, se vale a paralizzare una prova insufficiente.[1] Quando i fatti non siano abbastanza schiariti, il giudice può ordinare all'una o all'altra delle parti di giurare la verità di alcuni fatti dubbii; e un tale giuramento si risolve allora in un semplice mezzo di prova, mentre il giuramento deferito da una delle parti all'altra fonda sopra un vero contratto, cioè sopra una specie di transazione, nello stesso tempo, che è anche un atto di procedura, poichè partecipa e della *litis contestatio* e della cosa giudicata. Ed ha anzi il giuramento una autorità maggiore della cosa giudicata, poichè il giuramento colla sua base in un contratto appartiene al diritto delle genti,[2] mentre l'autorità della cosa giudicata è una istituzione di diritto civile. E così il giuramento prestato estingue non solo l'obbligazione civile, ma anche l'obbligazione naturale, e gli effetti del giuramento non possono essere invalidati neppure dalla allegazione della prestazione di un giuramento falso.[3]

Le leggi odierne, riconoscendo nel giuramento la santità dell'atto, hanno portato molte innovazioni al diritto romano. Basti accennare che ora non è ammesso più il giuramento stragiudiziale, e che il

[1] Alcuni autori chiamano *voluntarium* il giuramento deferito da una delle parti e *necessarium* quello deferito dal giudice. – In alcuni casi la parte è ammessa a valutare con un suo giuramento l'importo a cui fa ascendere una sua pretesa: ed è presso i Romani detto, *in litem jusjurandum.–Interdum quod intersit agentis, solum æstimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis quanti in litem juraverit actor.* Lib. 12, tit. 3, Dig. fr. 2, § 1.

[2] *Jusjurandum speciem transactionis continet majoremque habet auctoritatem, quam res judicata.* Lib. 12, tit. 2, Dig. fr. 2.

[3] Cfr. Alciatus; *In tit. de jurejurando comment.*

giuramento *necessarium*, *in judicio*; non è altro più che un mezzo di prova intorno ai fatti, e non può essere deferito intorno ai rapporti di diritto. Così pure non è ammesso oggidì il *jusjurandum calumniæ*.

Titolo Settimo.

DELL'ECCEZIONE. [1]

§ 142. Idea dell'*exceptio*.

Abbiamo detto che il convenuto può negare il fatto sul quale l'attore fonda il suo diritto; può non negare il fatto asserito dall'attore, ma opporre altri fatti che paralizzino la pretesa dell' attore stesso, per esempio, di avere pagata la somma, di cui gli si dimanda il rimborso, e finalmente, che, senza contestare il diritto accampato dall'attore, può opporgli un altro proprio diritto, che valga a paralizzare l'azione dell'attore. E questo ultimo è appunto il mezzo che dai Romani è detto *exceptio*, eccezione. *Exceptio dicta est, quasi quædam exclusio.* [2] *Exceptio est conditio, quæ modo eximit reum damnatione; modo minuit damnationem.* [3] Coll'eccezione adunque, il convenuto si propone di far respingere la dimanda dell'attore, sebbene esista veramente il diritto dall'attore stesso allegato.

Nel più antico sistema di procedimento, quello cioè delle *legis actiones*, le eccezioni non erano punto in uso. *Nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.* [4]

L'eccezione, di cui abbiamo dato il concetto, cominciò ad aver luogo col sistema del procedimento formolare, ossia dell'*ordo judiciorum*. Del resto è un mezzo così evidente per raggiungere lo scopo

[1] Gaji *comm.* Lib. IV, § 115-126. - Lib. 4, tit. 12, 13, Inst. - Lib. 44, tit. 1, Dig - Lib. 7, tit. 39 e Lib. 8, tit. 36, Cod.

[2] Lib. 44, tit. 1; Dig. fr. 2. - *Est exceptio, actionis vel intentionis exclusio*. Alciatus.

[3] Ibid. fr. 22.

[4] Gaji *comm.* IV, § 108. Durante le *legis actiones* non vi era alcun mezzo, per il quale si potesse coll'equità temperare il troppo rigoroso diritto civile? Contro la mala fede non c'era protezione alcuna? Se non erano in uso le *exceptiones*, introdotte più tardi, come dice Gajus, vi erano altri rimedii non ricordatici dalla storia del diritto? Unico rimedio era forse il *jus privatæ violentiæ* contro altri atti pure violenti o dolosi?

in corrispondenza coll'intima natura dei rapporti di diritto che noi crederemmo essersi appunto introdotto dai Pretori l'eccezione colle prime *formole*, appena se ne sia presentata opportuna l'occasione. E infatti, quando allo stretto diritto si volesse prevalente l'equità, era troppo naturale, che il pretore autorizzasse il giudice alla condanna, a meno che non vi fossero rapporti tali di equità per cui si dovesse deviare dalla regola del diritto civile, dal *summum jus*, e questo, se non il solo, doveva essere certamente il caso il più comune, che mostrasse il bisogno dell' eccezione. Le eccezioni furono adunque di regola istituite per la difesa di coloro, contro i quali l'azione era intentata, in base ad una obbligazione di diritto civile, ma che apparisse cosa iniqua il condannare. Se taluno, per esempio, era astretto con timore a mancipare una cosa, certo che l' attore poteva ripetere la cosa, perchè il dolo e la violenza non impedivano la genesi del diritto; *coacta voluntas est tamen voluntas;* ma al convenuto si accordava una eccezione, in forza della quale, la dimanda dell'attore era respinta, provandosi dal convenuto che gli fosse incusso il timore. Tra le eccezioni alcune erano proposte nell' editto del Pretore, altre erano dal Pretore accordate dietro cognizione di causa.

Tutte le eccezioni erano poi fondate o nelle leggi o in atti che tenevano luogo di leggi [1] ovveramente nella giurisdizione del Pretore.

Le eccezioni erano redatte in modo inverso a quello che affermava colui, contro il quale si agiva. Se, per esempio, il convenuto sosteneva che l'attore avesse agito con dolo, l'eccezione nella formola era così concepita: il convenuto Numerio Negidio si condanni.... se in questo affare non siavi stato e non abbiavi alcun dolo per parte di A. Agerio; SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT, NEQUE FIAT. Egualmente, se il convenuto diceva che il danaro gli era richiesto contro un patto, così si redigeva l'eccezione: Numerio Negidio si condanni... se non siasi pattuito fra Aulo Agerio e Numerio Negidio che questo danaro non verrebbe richiesto. SI INTER A. AGERIUM ET N. NEGIDIUM NON CONVENIT NE EA PECUNIA PETERETUR. [2]

La formola era adunque redatta in modo, coll'*exceptio* unita al-

[1] *Vel ex legibus vel ex his quæ legis vicem obtinent.* Gaji *comm.* IV, § 118.
[2] Gaji *comm.* IV, § 119.

l'*intentio*, da rendere la condanna condizionale; [1] e in fatti sebbene l'attore provasse la sua *intentio*, non otteneva la *condemnatio*, che in quanto fosse infondata l'*exceptio* del convenuto.

Armonizzano colle *exceptiones* alcune riserve, di cui poteva invece giovarsi l'attore; e che dicevansi *præscriptiones*, perchè poste innanzi alla formola, [2] ed alcuni mezzi di difesa di cui giovavasi il reo convenuto, che una volta riconosciuti fondati, avevano per effetto di far respingere la dimanda dell'attore senza discuterla. In una stipulazione, per esempio, per il pagamento di rate annuali o mensili, l'attore non avrebbe potuto chiedere e dedurre in giudizio che le rate scadute; alla azione veniva quindi applicata la *præscriptio* del limite a ciò che era scaduto: EA RES AGATUR, CUJUS REI DIES FUIT. [3] Così il convenuto raggiungeva lo scopo di far respingere la dimanda dell'attore colla *præscriptio*, per incompetenza del tribunale, innanzi al quale, era stato citato, *præscriptio fori*; o per essere quella causa già stata decisa,*præscriptio rei judicatæ;* o per essere scorso il tempo entro il quale l' azione avrebbe dovuto intentarsi; *præscriptio temporalis*. Alle *præscriptiones*, di cui poteva giovarsi il convenuto, appartenevano in special modo gli *præjudicia*, pei quali nella formola era ordinato al giudice di non occuparsi del processo in corso, che in quanto la decisione non avesse a pregiudicare punto un' altra più importante questione, che dovesse essere agitata più tardi. Del resto più innanzi *exceptio* e *præscriptio* furono adoperati quali sinonimi con una prevalenza però nell' uso della parola *exceptio*. [4]

Abolito l' *ordo judiciorum*, *l' exceptio* non poteva essere più una forma di procedura, e rimase, come è oggidì, uno dei mezzi di difesa, allegato dal. convenuto, fondato, sia nell' equità, sia nel diritto civile, ed esprimente un particolare diritto, proprio del convenuto stesso, atto a far respingere la dimanda dell'attore, comunque nell' attore esistesse realmente un tale diritto. Notiamo poi di nuovo

[1] Se il mezzo di difesa non riguardava l'azione, ma l'esecuzione della sentenza, per esempio, se il convenuto non poteva essere condannato che fino alla concorrenza delle sue facoltà, *in quantum facere potest*, *l'exceptio* era aggiunta alla *condemnatio*.

[2] *Præscriptiones autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas præscribuntur, plusquam manifestum est.* Gaji *comm.* IV, § 132.

[3] Gaji, *comm.* IV, § 130.

[4] V. Zimmern, *Geschichte des r. Privatrechts*, § 96, 97. - Oggidì prescrizione, *præscriptio*, ha un significato speciale a tutti noto.

che, nel linguaggio forense, si prende la parola eccezione anche nel significato di qualsiasi mezzo di difesa, mentre nelle fonti *exceptio* è bensì un mezzo di difesa, ma un *particolare* mezzo di difesa. [1]

§ 143. Divisione delle eccezioni.

Le eccezioni si dividono, rispetto all' origine, in eccezioni *civili* ed eccezioni *pretorie*. Sono civili le eccezioni che discendono da una legge o da un atto che tiene luogo di una legge; tali sarebbero le eccezioni*; Legis Plætoriæ*, *Legis Cinciæ*, *Legis Juliæ*, *Sc. macedoniani*, *Sc. Vellejani*. Sono pretorie le eccezioni che hanno il loro fondamento nella giurisdizione dei magistrati; tali per esempio l'*exceptio doli; l'exceptio pacti; l'exceptio jurisjurandi.* Alcune delle eccezioni pretorie erano nell' editto; altre venivano introdotte *ex novo*, se reclamate dai differenti casi particolari; e queste ultime erano dette *in factum exceptiones*; come si chiamavano pure *in factum actiones* le nuove azioni, introdotte per casi speciali. Alcune eccezioni già conosciute, per analogia estese a casi nuovi, furono dette *exceptiones utiles*. Del resto, sebbene il caso più comune fosse quello di una azione civile, a cui fosse contrapposta un' eccezione pretoria, poteva benissimo verificarsi anche il caso di una azione pretoria, a cui si opponesse una eccezione pretoria, o di una azione civile o pretoria, a cui si opponesse una eccezione civile. [2]

Le eccezioni si distinguono ancora, in *peremptoriæ* o *perpetuæ*, e *dilatoriæ* o *temporales*. [3] Perentoria è quella eccezione che toglie il diritto, in tutto o in parte; dilatoria quella che per qualche tempo ne sospende l' esercizio. Le eccezioni perentorie conservano la loro efficacia in ogni tempo e circostanza; la dilatorie non hanno efficacia che per un certo tempo, e date alcune circostanze. Se è intentata l' azione prima che sia venuto il giorno fissato per il pagamento,

[1] Vi sono in fatti vari mezzi di difesa oltre l'*exceptio*. Lib. 12, til. 6, Dig. fr. 56.

[2] All'azione civile, *condictio* o *rei vindicatio*, l'eccezione pretoria *doli*, *pacti*, *jurisjurandi*, *rei judicatae*; all'azione pretoria, *actio Publiciana*, ancora l'eccezione pretoria, *jurisjurandi*, *rei judicatae*; all'azione civile, *condictio ex stipulatu* l'eccezione civile, *Sc. Macedoniani*, *Vellejani*; così all'azione pretoria, *hypothecaria* ancora l'eccezione civile, *Sc. Vellejani*.

[3] Non è a confondersi la *temporalis exceptio* nel senso di eccezione dilatoria colla *temporalis exceptio* o *præscriptio* nel senso di prescrizione delle azioni.

potrà essere opposta l' *exceptio pacti in diem;* così, se il convenuto è citato ad un tribunale per lui incompetente, data questa circostanza, potrà essere opposta la *præscriptio o exceptio fori.* L' *exceptio dilatoria* è alcune volte detta *translatio.* Nel diritto giustinianeo l' *exceptio dilatoria* non produce altro effetto fuori di quello che l'azione deve essere riprodotta. [1]

Le eccezioni possono anche distinguersi in personali, *personæ cohærentes*, e reali, *rei cohærentes.* L' eccezione reale è inerente alla cosa, e può essere opposta, non solo da una persona determinata, ma anche dai suoi rappresentanti, eredi, fidejussori, ecc. L' eccezione personale è inerente ad una persona determinata, e non può essere opposta che da lei soltanto. L' *exceptio doli*, per esempio, può opporsi tanto da colui che fu vittima della frode, quanto dai di lui rappresentanti. L' eccezione, *quod facere posset,* competerebbe ad un socio, al marito, ecc; ma non ai fidejussori.

Altre divisioni delle eccezioni sono fatte dai processualisti; fra le quali, quella di eccezioni di fatto ed eccezioni di legge, *exceptiones facti, exceptiones juris;* ma non avendo tali distinzioni un fondamento nelle leggi romane, non occorre di occuparcene. Infatti, mentre le *exceptiones juris* corrispondono alle eccezioni che derivano *ex legibus*, le *exceptiones facti* entrano negli altri mezzi di difesa, quindi anche nelle contraddizioni, assolute o relative.

Ed è per ciò che nel linguaggio degli antichi giureconsulti non troviamo le espressioni: *exceptio solutionis, usucapionis* e simili. [2]

§ 144. Come si estinguano le eccezioni.

Anche in questo riguardo noi dobbiamo distinguere il sistema del procedimento formolare dal sistema dei giudizi straordinari.

Nel sistema del procedimento formolare, il convenuto doveva esporre le sue eccezioni innanzi al Pretore, in modo, che potesse l' eccezione essere compresa nella formola. Quando non vi fosse

[1] Nell'antica procedura se, per esempio, si fosse invocata l'*exceptio pacti in diem* coordinata all'*intentio*, il giudice, trovando fondata questa eccezione, respingeva la dimanda, e il credito dell'attore era perduto per sempre.

[2] V. Cujacius, *Paratitl.* in Lib. 8, Cod. tit. 35. – De Luca, *Dott. Volg.* T. V, c. 14, c. 17.

compresa, il giudice non poteva avervi alcun riguardo. Però questa regola non era applicabile negli *judicia bonæ fidei.*

Nel sistema dei giudizii straordinari, sono a distinguersi le eccezioni dilatorie dalle eccezioni perentorie. Le eccezioni dilatorie devono essere prodotte durante l'istruzione del processo; le perentorie possono ammettersi, fino a che non è pronunciata la sentenza. Del resto, alcune eccezioni, per esempio, quella del senatoconsulto macedoniano, possono opporsi anche dopo pronunziata la sentenza, per impedire l'esecuzione di essa.

Le eccezioni si estinguono colla prescrizione?

Non v'ha dubbio che l'eccezione si estingue coll'estinguersi del diritto, sul quale essa è fondata, come si estingue pure, quando cessi una delle condizioni sostanziali alla di lei esistenza. Ma, se, in generale, si estinguano le eccezioni per prescrizione è un punto assai contrastato fra gli interpreti del diritto romano; ed una tale questione, come è naturale, è coordinata coll'altra, di cui noi abbiamo già fatto un cenno, se, colla prescrizione, si estingua soltanto l'azione, o si estingua oltre l'azione, anche il diritto che l'azione non può più proteggere, essendo prescritta. E, poichè noi abbiamo sostenuta quest'ultima tesi, poche parole ci rimangono a soggiungere intorno al quesito or ora accennato.

Fra le distinzioni delle eccezioni abbiamo ricordata quella di eccezioni dilatorie o temporanee e perentorie o perpetue. Con questa distinzione abbiamo già ammesso, come, alcune eccezioni essendo perpetue, possa essere applicabile l'assioma, altrove riferito: *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* Infatti la prescrizione, sebbene abbia altri eminenti scopi, è in massima una pena contro la negligenza. Chi non esercita un'azione per una certa misura di tempo, potrà dirsi negligente; ma chi non fa uso di una eccezione, anche per un lunghissimo spazio di tempo, non si può dire negligente, perchè quegli a cui compete un'eccezione non ne fece uso, dal momento che non fu posto mai nell'occasione di giovarsene. Non si può usare di un mezzo di difesa, finchè non si crede di essere offesi.

E noi non neghiamo la forza e la verità di queste argomentazioni, nella loro generalità, per le eccezioni senza azione; ma non parrebbero applicabili queste argomentazioni al caso in cui le eccezioni fossero fondate sopra un diritto, per la protezione del quale la legge

accordasse anche una azione; in altri termini, non parrebbero applicabili per le eccezioni ed azioni cumulative. In questo caso anche le eccezioni, pare debbano estinguersi colla prescrizione; *Tant dure l'action, tant dure l'exception;* per la ragione stessa che la prescrizione, in quanto sia una pena per la negligenza, vale ad estinguere le azioni; potendo imputare a sè stesso colui, che non può servirsi dell' eccezione a difendere un diritto, per il quale diritto, egli non intentò l' azione, che la legge gli accordava, per poterlo esercitare. Imperscrittibili adunque secondo noi rimangono quelle eccezioni che proteggono un diritto che non si può fare valere altrimenti che col mezzo appunto di una eccezione, e non mai anche col mezzo di una azione: *Cum actor in sua potestate habeat, quando utatur suo jure: is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.* [1] Avendo premesso che è questo un punto assai contrastato fra gli interpreti del diritto romano, è inutile che soggiungiamo che si possono muovere delle obbiezioni gravi anche all' opinione nostra; [2] ma obbiezioni gravi possono muoversi anche contro l' opinione contraria alla nostra. Noi non diremo adunque che l'opinione nostra sia la vera: vogliamo dire soltanto che, nel dubbio, l'opinione nostra ci pare che possa essere più conforme ai rapporti di diritto di cui si tratta. [3]

§ 145. *Replicationes et duplicationes* [4]

La replica, *replicatio*, è definita un' eccezione dell' eccezione. *Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio.* [5] L' attore infatti, nel diritto che ha di confutare la risposta del convenuto al suo libello, può usare degli stessi mezzi, di cui il convenuto si è giovato nella sua risposta; quindi può negare il diritto che serve di base all' eccezione, opposta dal reo, o dimostrare che un tale diritto fu più tardi estinto, ovvero opporre un altro particolare proprio

[1] Lib. 44, tit. 4, Dig. fr. 5, § 6.
[2] Savigny *System* V, § 253 - 55. - Vangerow § 151.
[3] Jac. Ravii *Princ. doctr. de praescriptionibus.* - Unterholzner *Verjährungslehre.* Cfr. Keller *Pandekten* § 92.
[4] Lib. 4, tit. 14, Inst.
[5] Lib. 44, tit. 1, Dig. fr. 22. - *Replicationes... a parte actoris veniunt.* Ibid. fr. 2, § 1.

diritto, atto a paralizzare l' eccezione del convenuto stesso. Ed è quest' ultimo mezzo di difesa che è appunto una *replicatio*, vale a dire, una eccezione dell' eccezione. E nell' antica procedura formolare, il Pretore, dopo avere ordinato al giudice di condannare il reo, se provata l' *intentio*, colla aggiunta di assolverlo, se fondata l'eccezione dal reo opposta, soggiungeva però ancora, di condannarlo, se fosse verificata l'eccezione dell'eccezione, prodotta dall'attore. Così, per esempio, se taluno ha pattuito di non chiedere il danaro che gli si deve, chiedendolo, gli potrebbe essere opposta l'*exceptio pacti;* ma, se più tardi si fosse fatta una nuova convenzione di potere ancora dimandare quel danaro, l' attore potrebbe opporre questa eccezione all' eccezione del reo. Laonde era detto nella formola: *si non postea convenerit, ut eam pecuniam petere liceret.* [1] Ed anche le replicazioni possono, come le eccezioni, essere civili o pretorie.

Siccome poi potrebbe avvenire che la replica, giusta a primo aspetto, avesse ad essere di ingiusto nocumento al reo convenuto, che potesse altrimenti difendersi contro questa *replicatio* dell'attore, è data facoltà al reo convenuto di giovarsi di quest' altro consimile mezzo di difesa, che a lui spettasse; e questo mezzo di difesa dicesi duplica, *quæ duplicatio vocatur.* [2] Se infine, anche questa duplica, che sembra giusta a primo aspetto si trovasse poi di pregiudizio all' attore, siccome contraria all' equità, può aver luogo un nuovo mezzo di difesa, quale appendice, e che dicesi *triplicatio.* E l' uso di queste aggiunte può estendersi anche più oltre, a seconda della varia natura degli affari. *Quarum omnium adjectionum usum interdum etiam ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introduxit.* [3] Ma, quanto possano essere infrequenti le *triplicationes* e successive aggiunte, è inutile notarlo, essendo già poco comuni le *duplicationes*, nel senso loro rigoroso romano. Noteremo invece che nei testi delle leggi romane, non si fa sempre uso esatto della espressione: *replicatio; duplicatio;* e *triplicatio*; ma figurano queste espressioni, alcune volte, l' una in luogo dell' altra; avendosi, per esempio, una *triplicatio* contro una *replicatio*, senza che siavi cenno di una

[1] Gaji, *comm.* IV, § 126.
[2] Ibid. § 127.
[3] Ibid. § 129.

duplicatio intermedia. L' atto dell' attore contro la risposta del reo è detto quindi indifferentemente *replicatio* o *duplicatio*. [1]

In generale poi non è determinato il numero degli atti di risposta delle parti contendenti. Ordinariamente, in prima istanza, si chiude il processo colla duplica. Ad ogni modo, il reo convenuto deve sempre avere la parola per l' ultimo.

Titolo Ottavo.

INTERDETTI, *Interdicta*.

§ 146. Idea degli interdetti.

L' istituto degli interdetti ricevette una maggiore luce dopo la scoperta dei commentarj di Gajo; ma alcune difficoltà rimasero ancora egualmente da superare. [2]

Gli interdetti non sono a confondersi, nelle loro origini, colle azioni, sebbene fossero esposti nell'albo del Pretore e compresi essi pure nella formola, che il Pretore stesso redigeva per le parti.

Gli interdetti non sono, per sè, che comandi o divieti, dati da un magistrato; e possono essere, o disposizioni generiche pubblicate nell' editto, o speciali comandi o divieti, per ultimare alcune urgenti contestazioni fra determinate persone. [3]

Dicemmo che gli interdetti erano ordinanze date dai magistrati, poichè, anche nel sistema dell' *ordo judiciorum*, il Pretore non ri-

[1] Queste diverse forme dipendooo fors'anco dai copisti. Infatti al Lib. 27, tit. 10, Dig. fr. 7, § 1, oella edizione fiorentioa leggesi *triplicatio doli*, e nella Aloaodrina *replicatio doli*. Così oel § 2 dello stesso frammento 7 oella fiorentina leggesi *sed an replicatio* e nella vulgata *sed an triplicatio*.

[2] Lib. 4, tit. 15, Inst. - Lib. 8, tit. 1, Cod. - Lib. 43, tit. 1, Dig. - Gaji *comm.* Lib. 4, § 139. - V. Savigny e Cfr. Varnkoenig, *Themis* t. v. p. 345.

[3] *Certis igitur ex causis prætor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit...., et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet. Formulæ autem verborum et conceptiones quibus in ea re utitur interdicta, decretave vocantur.* - Iotoroo all'etimologia della parola *interdictum*, Ottomaoo crede cbe la particella *inter* valga di accrescitivo per indicare un giudizio irrefragabile; Cujacio vi ravvisa un *inter duos dictum*. Ma questo noo è proprio dei soli interdetti. Altri opioano così chiamarsi gli interdetti, quasi *sententia interim dicta* (Isid. ed Anianus *in notis ad Paulum)*. Secondo i commentari di Gajo *interdictum* deriverebbe da *interdicere*, proibire, essendo un divieto il tenore più comune. *Vocantur interdicta... cum prohibet fieri... Decreta cum fieri aliquid jubet...* 140.

metteva queste contestazioni ad un giudice o ad arbitri, ma decideva egli stesso, ordinando di fare o non fare qualche cosa; VIM FIERI VETO; RESTITUAS; EXHIBEAS.

In realtà poi non erano sovente che ordinanze provvisorie, poichè se vi si obbediva immediatamente, ed esattamente, tutto era ultimato; [1] ma se vi si contravveniva, quegli, in di cui favore era stato pronunciato l'interdetto, otteneva una azione per una indennità pecuniaria. Così pure se, non manifestamente contravvenendovisi, si contestava la giustizia dell'interdetto, in questo caso aveva pure luogo un processo colla forma ordinaria. [2]

§ 147. Divisione degli interdetti.

Gli interdetti possono riferirsi a cose di diritto divino, cose sacre, religiose o sante, o a cose di diritto umano.

Possono aver luogo, o per ragioni di utilità pubblica, o per ragioni di utilità privata.

Una generale divisione degli interdetti è poi quella di interdetti proibitorii, restitutorii ed esibitorii. [3]

Sono proibitorii quelli, coi quali il Pretore proibisce di fare qualche cosa, per esempio, di costruire in un luogo sacro o di fare atti di violenza contro quegli che abbia un possesso non vizioso. [4]

Sono restitutorii gli interdetti, coi quali il Pretore ordina di restituire qualche cosa, per esempio, un oggetto che ad alcuno fosse stato tolto colla violenza. [5]

Sono esibitorii gli interdetti, coi quali il Pretore ordina una presentazione, per esempio, di un figlio al padre avente sopra di lui la patria podestà, di un testamento, ecc.

[1] Alciatus, *Quid ab interdicto edictum distet*. Parergon *juris* Lib. 3, cap. 15.

[2] V. Cujacius. *Paratitil.* in Lib. 8. Cod. tit. 1, 11.

[3] Gaji *comm.* IV, § 141. – *Nec tamen cum quid jusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium sed ad judices recuperatoresve itur et ibi editis formulis quæritur, an aliquid adversus prætoris ædictum factum sit, vel an actum sit, quod is fieri jusserit.*

[4] *Ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat, vi fieri veto.* Gaji IV, § 140, 142, 159.

[5] *Restituere videtur, qui in pristinum statum reducit.* Lib. 43, Dig. tit. 8, fr. 2, § 43. – Lib. 50; tit. 16, Dig. fr. 81.

Del resto, gli interdetti più specialmente si riferiscono al possesso ed al quasi possesso; e si dividono: in interdetti per acquistare il possesso, *adipiscendæ possessionis;* per conservare il possesso, *retinendæ possessionis;* e per ricuperare il possesso perduto, *recuperandæ possessionis.*

Per acquistare il possesso valgono l' *interdictum* SALVIANUM e l'*interdictum* QUORUM BONORUM.

L' interdetto QUORUM BONORUM serve a fare acquistare il possesso di cose ereditarie corporali contro colui che possiede le cose ereditarie *pro hærede,* ovvero *pro possessore* o cessò dolosamente di possederle.

L' interdetto Salviano è accordato al locatore di un fondo rustico per ottenere il possesso di quelle cose che il conduttore stesso oppignorò per la mercede ed importò nel fondo.

Si emette un *interdictum,* collo scopo di conservare il possesso, quando un possessore è turbato nel suo possesso o teme di esserlo; e così, quando, essendovi contestazione sulla proprietà di una cosa, si determini quale dei contendenti deva possedere la cosa stessa, e quale deva assumere il carattere di attore. A ciò servono gli interdicta: *uti possidetis et utrubi possidetis.* L' interdetto *uti possidetis* [1] si accorda per il possesso di cose immobili e *utrubi* per le cose mobili. [2]

Allorchè l' interdetto riguardi fondi o case il Pretore dà la preferenza a chi possiede nel momento, in cui si pronuncia l'interdetto, purch' egli in confronto dell' avversario non possieda *nec vi*, *nec clam, nec precario.*

Se l'interdetto riguarda cose mobili, la preferenza, nell'antico diritto, era data a colui che avesse posseduto la cosa per la maggior parte dell' anno, sempre che egli pure, *nec vi*, *nec clam, nec precario ab adversario possideret.* [3] Nel diritto giustinianeo si accor-

[1] *Uti nunc possidetis eum fundum quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.* Festus *possessio.* – Lib. 43, til. 17, Dig. fr. 1. – Gaji, *comm.* IV. § 160.

[2] *Utrubi hic homo, de quo agitur apud quem majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat vim fieri veto,* Gaji, *comm.* IV, 148, 153, 160.

[3] Nell' interdetto *utrubi* poi, ciascuno poteva giovarsi non solo del proprio possesso, ma anche del possesso altrui, quando giustamente si potesse riunire al proprio, come sarebbe stato per il possesso di colui del quale taluno fosse divenuto erede, o da cui avesse comperato la

da, come l' interdetto *uti possidetis* a colui, che ha un possesso non vizioso al momento della lite.

Si ritiene poi che, noi abbiamo il possesso non solo, se noi stessi possediamo, ma anche, se alcuno, non soggetto alla nostra podestà, possegga in nostro nome, come un colono, un inquilino; ovvero abbia la cosa nostra come depositario o comodatario, *aut quibus usumfructum vel usum aut habitationem constituerimus.* [1] Anzi, generalmente, si opina che il possesso possa conservarsi colla sola intenzione.

Viene accordato un interdetto *recuperandæ possessionis*, quando alcuno sia stato espulso colla violenza. Egli può allora ottenere l'interdetto, di cui le prime parole erano: UNDE TU ILLUM VI DEJECISTI. Per questo interdetto, chi usò la violenza deve restituire il possesso a quello che soffrì la violenza, sebbene il possesso di questi fosse egualmente vizioso. [2]

Quegli poi che usa la violenza per togliere il possesso ad alcuno è altresì soggetto alla *lex Julia de vi publica et privata.* Vi ha violenza privata, se non si fece uso di armi; vi ha violenza pubblica, se si praticò la violenza, facendo uso di armi; e sotto questo nome, sono compresi anche i bastoni e le pietre.

Vi sono degli interdetti per garantire il quasi possesso. Quegli che è turbato nell' esercizio di una servitù personale o reale può reclamare gli interdetti *uti possidetis, utrubi, unde vi,* od alcuni in-

cosa o l'avesse ottenuta a titolo di dote o di donazione Se adonque il possesso legittimo del terzo unito all'attoale fosse stato maggiore del possesso dell'avversario si vinceva in forza di questo interdetto. Però quegli che non avesse un possesso proprio non poteva mai giovarsi del periodo di tempo, in cui la cosa fu posseduta da un altro, poichè non è possibile una accessione a ciò che non esiste. Parimenti quegli, che aveva un possesso vizioso, cioè ottenuto, in confronto dell'avversario, con violenza, clandestinamente o coll'abuso di un precario, non poteva giovarsi dell'accessione del possesso altrui, perchè, essendo vizioso il proprio possesso si considerava come se il possesso non esistesse. L'anno poi si computava dalla fine al suo principio. Se uno aveva quindi posseduto nei primi cinque mesi dell'anno, ed un altro negli ultimi sette, al primo non giovava l'anteriorità del suo possesso. Il secondo era egualmente preferito per il maggior numero di mesi. - Gaji *comm.* IV, § 151.

[1] Gaji, *comm.* IV, § 153.

[2] Nell'antico diritto, quegli che aveva un possesso vizioso, poteva essere impunemente espulso, purchè non si facesse uso di armi: *quodsi aut vi, aut clam, aut precario possederit impune dejicitur.* Ibid. § 154. - V. anche § 155.

terdetti speciali, quali sono: *de itinere actuque privato; de fonte*, ecc. che corrispondono all' interdetto *uti possidetis*. [1]

Un' altra distinzione degli interdetti è quella di *interdicta simplicia* ed *interdicta duplicia*.

Sono interdetti semplici quelli nei quali uno solo dei contendenti assume il carattere di attore e l' altro di reo convenuto. Tali sono gli interdetti restitutorj ed esibitorj; tali gli interdetti, con cui il Pretore vieta che si faccia qualche cosa in un luogo sacro o sopra un fiume pubblico. Sono doppj quelli interdetti, nei quali, ciascuno dei contendenti è ad un tempo attore e reo convenuto. Fra gli interdetti proibitorj, sarebbero doppj gli interdetti *uti possidetis* ed *utrubi possidetis*. Infatti, colui che sostiene che l' attore non ha il diritto di conservare il possesso, ovveramente, che non ha il possesso che pretende di avere, chiede, con ciò, egli stesso che a lui sia attribuito il possesso, o che lo si conservi nel possesso attuale.

In quanto alla procedura propria degli interdetti, noteremo nuovamente, come coll' introduzione dei giudizii straordinari, poichè il magistrato non rimette più le controversie ad un giudice o ad arbitri, ma assiste egli stesso all' istruzione della causa, e pronuncia la sentenza, le parti possono dimandare un giudizio anche sopra un possesso come sopra qualunque altro punto. Oggigiorno gli interdetti, come già fino dai tempi di Giustiniano, non sono più che un sistema di procedura diverso dalla procedura ordinaria, e non si considerano che quali azioni straordinarie per certi casi determinati dalle leggi, e con forme più spedite di quelle che hanno luogo nelle altre azioni [2] per la fissazione di termini più brevi, e per l'ammissione delle prove, soltanto intorno ai fatti, dalla cui esistenza è provocato

[1] Accennando altri *interdicto* che occorrono nelle fonti oltre i già indicati, e dei quali pure sarà fatta parola nella parte speciale intorno ai vari istituti giuridici a cui si riferiscono, questi *interdicto* sarebbero: *Int. de oqua; de aqua aestiva; de arboribus caedendis; de clandestino possessione; de cloacis; de publicis, de glande legendo; de liberis ducendis; de liberis exhibendis; de libero homine exhibendo; de loco publico fruendo; de migrando; de mortuo inferendo; de precario; de ripo munienda; de rivis; de sepulcro oedificando; de superficiebus; de tabulis exhibendis; de vi; de via aperiunda et reficienda; de uxore exhibenda oc ducenda; demolitorium; fraudatorium: ne quid in loco sacro fiot; ne vis fiot ei qui in possessionem missus est; quem fundum; quod legatorum; quod vi aut clam;* intorno ad una *operis novi nunciatio; de fluminibus publicis; de locis et itineribus publicis.*

[2] Lib. 4, tit. 22, Cod. Theodos. L. 4. – Lib. 3, tit. 6, Cod. L. ult. - Lib. 8, tit. 4, Cod. L. 8; e tit. 5, L. 1.

l' interdetto. Ed è perciò che, contro il rimasto vittorioso nell' interdetto, può nuovamente essere promossa una azione intorno *al diritto*, appunto, perchè gli interdetti hanno per oggetto soltanto *le relazioni di fatto.* [1]

Titolo Nono.

SENTENZA E COSA GIUDICATA.

§ 148. Modi con cui può essere ultimata una causa.

Una causa può essere ultimata, colla confessione giudiziale; col giuramento decisorio; con una transazione; con un compromesso, e per mezzo di una sentenza.

Della confessione e del giuramento abbiamo già fatto un cenno. [2]

§ 149. Transazione.

La transazione è un patto mediante il quale diritti dubbii vengono convertiti in diritti certi, dandosi, ritenendosi, o promettendosi qualche cosa vicendevolmente dalle parti contraenti.

Riservandoci a fare maggiori cenni intorno alla transazione nel diritto delle obbligazioni, ci limitiamo qui ad osservare che una transazione può avere luogo sopra tutto ciò, di cui si possa liberamente disporre, e perciò, anche sopra una pena privata; che soltanto sopra gli alimenti lasciati per un atto di ultima volontà non sarebbe permessa la transazione che coll' intervento del Pretore, e che, sopra una disposizione di ultima volontà non si può transigere, prima che sia conosciuta. Del resto, siccome la transazione è sopra cose dubbie, e il dubbio presuppone la possibilità dell' errore, per errore non si potrebbe rescindere una transazione, a meno che l'errore stesso cadesse sulla essenza della persona o dell' oggetto considerato certo. [3] Una transazione non potrebbe poi rescindersi nep-

[1] V. Savigny, *Das Recht des Besitzes.* - Zimmern, *Geschichte des R. Privatrechts* - Bethmann-Holweg. C. Pr. § 37 - Vangerow § 141. - Keller, C. Pr. § 74, 76 e § 81 Pandekten.
[2] V. retro § 134 - 41.
[3] Alciatus; *comment. in cod. Justin.* Lib. 2, Rub, *de transactionibus.*

pure per lesione enorme, e per lo scopo stesso della transazione, quale è quello di porre fine alle liti, e perchè le leggi romane pareggiano la transazione alla *res judicata.* [1]

Una transazione potrebbe però essere impugnata per causa di violenza o di dolo, e quando si riferisse a pretensioni manifestamente calunniose. [2]

§ 150. Compromesso.

Il compromesso è una convenzione, colla quale le parti rimettono la decisione della lite ad arbitri, scelti da esse, *arbitri compromissarii.* A questa convenzione si aggiunge, d'ordinario, il patto del pagamento di una pena pecuniaria, *compromissa pecunia*, a carico di chi non volesse rispettare la decisione arbitramentale; e prima di Giustiniano non si poteva altro pretendere che il pagamento di questa pena pecuniaria. [3] Ma Giustiniano accordò anche l'*actio rei judicatæ*, vale a dire, l'esecuzione della sentenza dell'arbitro, quando questa fosse accettata colla sottoscrizione delle parti, ovveramente entro dieci giorni non si fosse protestato contro la medesima. [4] La sentenza dell'arbitro però non deve contenere nulla di illecito; essere pronunziata nel tempo stabilito; resa colla debita procedura, e regolarmente intimata alle parti.

La sentenza potrebbe essere altresì impugnata nel caso di dolo, per parte dell'arbitro; o per avere egli oltrepassato i limiti del mandato.

Se sono scelti più arbitri, decide la maggioranza dei voti; ed in caso di parità deve essere nominato un terzo arbitro, che risolva la parità.

[1] *Est decisio litis ipsa transactio. Publice interest transactiones observari ut tandem litium sit finis.* Alciatus. *Ibidem.*

[2] Lib. 2, tit. 4, Cod. LL. 4, 13, 19. - Lib. 2, tit. 21, L. 4. - Lib. 9, tit. 22, Cod. L. 7. - Lib. 12, tit. 6, Dig. fr. § 1. - Cujacius. *Commentarii* in XI, tit. Pandect. - *ad tit. de transactionibus.*

[3] *Ex compromisso judex sumptus rem judicatam non facit, sed si poena inter eos promissa sit, poena, re in judicium deducta, ex stipulatu peti potest.* - Jul. Paul. Rec. sent. Lib. 5, tit. 5, § 1. - Lib. 4, tit. 8, Dig. fr. 32, § 8.

[4] Lib. 2, tit. 56, Cod. L. 4, § 6, L. 5. - Vedi però la Nov. 82. c. 11. - De Luca, *Dott. volg.* T. V. cap. 14, § 4.

Contro una decisione d'arbitri non vi ha luogo ad appellazione; e neppure lo stesso arbitro può ritrattare la data decisione.

§ 151. **Desistenza dalla lite.**

La desistenza dalla lite, coll' abbandono assoluto che il contendente fa delle proprie pretese, ha una qualche affinità colla transazione, ma non è a confondersi con essa; poichè nella transazione hanno luogo fra le parti delle reciproche concessioni che non hanno luogo nella desistenza dalla lite.

Questa può essere rappresentata anche dal fatto di lasciare deserto il giudizio, *eremodicium* (ἐρημοῦ δίκη) senza invocarne il riaggiornamento, *restauratio*. [1]

§ 152. **Sentenza.**

Il giudice durante, il processo o quando trattasi della direzione della procedura emette decreti; e per decidere un punto di questione fra le parti, pronunzia una sentenza. [2]

Le sentenze si distinguono in incidentali e definitive.

Sono incidentali, quelle che si riferiscono a contestazioni insorte nel corso del processo; e definitive quelle che risguardano l' oggetto essenziale della lite.

Le sentenze definitive sono poi o di condanna o di assoluzione, secondo che condannano od assolvono il reo convenuto.

§ 153. **Rimedio dell' appellazione;** *Provocatio; appellatio* o *intercessio.*

Contro una sentenza può avere luogo il rimedio della appellazione. Erroneamente si disse che il rimedio della appellazione non era conosciuto sotto la Repubblica. Sotto la Repubblica non era cono-

[1] Lib. 46, tit. 7, Dig. fr. 13 - Lib. 4, tit. 4, Dig. fr. 7, § 12. - Lib. 2, tit. 54, Cod. fr. 1, Lib. 4, tit. 6, Dig. fr. 15, § 2. Cfr. Lib. 5, tit. 2, Dig. fr. 8, § 11. - Lib. 6, tit. 35, Cod. L. 8. - Lib. 40, tit. 12, Dig. fr. 27, § 1.

[2] Lib. 42, tit. 1, Dig. - Vedi Cujacius. *Parat.* in Lib. 7, Cod. tit. 42, 47.

sciuto il sistema di più Istanze che si introdusse soltanto sotto Augusto. [1] E quindi, il rimedio della appellazione aveva tali particolari caratteri, che solo, in via affatto eccezionale, ed in modi indiretti, poteva riuscire perfino allo scopo della assoluzione del reo dalla dimanda dell' attore. Noi diremo adunque che non era conosciuto il sistema dell' appellazione quale è praticato oggidì; ma vi erano per altro tali istituti, sui quali potè fondarsi, sino dall' epoca di Augusto, quel sistema che d' allora in poi fu sempre adottato. [2] E furono la *provocatio* e l' *appellatio,* che servirono appunto sotto la Repubblica di base al sistema di più Istanze.

La *provocatio* aveva luogo, quando un cittadino romano fosse stato condannato da una magistratura, investita della giurisdizione criminale; e consisteva nell' appello del cittadino alla decisione suprema del popolo. [3] Durante la Repubblica, era assai frequente questa appellazione al giudizio del popolo; e non erano che le decisioni dei decemviri e dei dittatori, contro cui non poteva aver luogo un tale reclamo. Fu solo sul declinare della Repubblica che non si ritenne più necessaria la *provocatio* al popolo, poichè la giustizia criminale, essendo amministrata da commissioni permanenti, *quæstiones perpetuæ,* il popolo era già, in certo modo, in queste commissioni, rappresentato dai giudici del fatto.

La così detta *appellatio* aveva invece uno speciale significato, distinto dalla *provocatio.* Essa serviva a proteggere la libertà individuale contro la soperchieria dei magistrati; ed applicavasi anche ai

[1] È in questo riguardo che Cicerone rimprovera Verre, Pretore in Sicilia, intorno al diritto riservatosi di decidere, noi diremmo in seconda Istanza, cause già decise dalle sentenze dei giudici. « *Edictum enim hominis cognoscite, quo edicto omnia judicia redegerat in potestatem suam*: SI QUI PERPERAM JUDICASSET, SE COGNITURUM: CUM COGNOSSET ANIMADVERSURUM. II, XIII. Cfr. Holweg, *Prosess* V I, e Zimmern R. G. III

[2] Durante la Repubblica era pure riconosciuto un rimedio straordinario della *revocatio in duplum*, per il quale la causa era nuovamente rimessa, ad istanza del soccombente, al giudice che aveva pronunziata la sentenza. Per altro, il soccombente, perdendo di nuovo la lite avrebbe dovuto pagare due volte la somma, contro di lui riclamata. Ma in quali casi aveva luogo la *revocatio in duplum*, dal momento che la cosa giudicata si aveva per una verità? È un punto questo assai controverso, e intorno al quale, non si può essere che più o meno fortunati nelle congetture. Aveva forse un tale rimedio una qualche analogia colle sentenze odierne denunciate nulle? E contro la *res judicata* non accordavano altresì i Pretori alcune volte la *restitutio in integrum*? Lib 7, tit. 58, Cod. - Lib. 12, tit. 2, Dig. fr. 31, Lib. 2, tit. 4. Cod. L. 19.

[3] Lib. 1, tit. 2 Dig. § 16.

giudizii civili; mentre la *provocatio* era, come dicemmo, ristretta ai giudizii criminali.

L' *appellatio* o *intercessio* aveva luogo colla invocazione di un *veto*, che paralizzasse la forza della decisione di un magistrato. Un tale *veto* contro gli atti di un magistrato poteva essere opposto da ogni altro magistrato, che avesse una autorità pari o maggiore; ed i tribuni della plebe avevano poi diritto di *veto* contro qualsiasi magistratura, perciò anche contro i pretori ed i consoli. [1] Del resto l' effetto di questo *veto* era puramente negativo; impediva le conseguenze della decisione senza mutarla; ma poteva corrispondere alla assoluzione del reo convenuto per il principio che *totius juris obligatio per litis contestationem consumitur.*

§ 154. Rimedio dell' appellazione. Sistema di più Istanze.

Ai tempi di Augusto l' amministrazione della giustizia criminale e civile subisce notabili cambiamenti; e limitandoci alla giustizia civile, e più specialmente al punto in trattazione, troviamo, nel processo civile, costituito il sistema di più Istanze; sistema che deriva appunto dai precedenti istituti, la *provocatio e* l' *appellatio*, che rimasero, in certo modo, fuse insieme, tanto che vengono usate indistintamente queste espressioni per indicare uno stesso concetto [2]; e dalla podestà imperiale, in cui era compenetrata la *potestas tribunicia* emerse nell' esercizio dell' antico diritto di *veto* e in uno svolgimento del diritto stesso, un nuovo ordine di Istanze civili, nella delegazione fattane ad alcuni funzionarj, chiamati ad emettere una suprema decisione, in nome dell' imperatore. Così il prefetto della città forma, nel linguaggio nostro, una corte d' appello, per le decisioni di tutte le magistrature di Roma; ed in ogni caso è ancora aperta la via ad un ultimo ricorso allo stesso imperatore,

[1] Se in una azione, *de vi hominibus armatis coactisve damno dato*, il convenuto avesse chiesto che si restringesse la formola, *injuria damno dato*, che era una azione *legis Aquiliæ*, e il Pretore non avesse volnto accogliere la pretesa del convenuto, i tribuni, a cui si fosse appellato il convenuto, avrebbero, per esempio, potuto accogliere o respingere la pretesa del convenuto stesso.

[2] Lib. 49, tit. 2, Dig, fr. 8 - Ibid. tit. 8, fr. 18.

potendosi, in massima, appellare da un giudice delegato a quello da cui era impartita la delegazione. E, mentre nel sistema dell' *ordo judiciorum*, la questione del diritto era separata, come più volte dicemmo, dall'esame del fatto, nelle istanze d'appello il giudizio aveva luogo ad un tempo sul diritto e sul fatto; ed è per questo, che anche in prima istanza il magistrato rese più frequenti i casi di decidere egli stesso in via straordinaria intorno al fatto ed al diritto, finchè divenne regola poi, come abbiamo notato, e non fu più una eccezione, il sistema degli *judicia extraordinaria*.

In quanto alla procedura di appello si avevano due giorni per appellarsi se si agiva in proprio nome; tre, se *procuratorio nomine*. I giorni erano *utiles*.

Per appellarsi si rimettevano al giudice le *litteræ appellatoriæ*, in cui erano indicati i nomi dei contendenti e la sentenza, di cui si appellavano. Al giudice si chiedevano quindi le così dette *litteræ dimissoriæ, vulgo, apostoli,* nelle quali erano indicate le ragioni, per cui il giudice aveva deciso. [1]

Ottenuti gli *apostoli,* dovevasi dare una cauzione con fidejussori per pagare una emenda nel caso di ingiusta appellazione.

L' appellazione aveva, d' ordinario, un effetto sospensivo; vale a dire, era sospesa l' esecuzione della sentenza anteriore, finchè il magistrato superiore non avesse pronunziata la sua decisione. [2]

§ 155. *Res judicata.*

Nelle fonti non è distinta la sentenza dalla cosa giudicata, *res judicata*, forse, perchè in origine, non essendo riconosciute le varie istanze, ogni sentenza aveva con sè gli effettti della *res judicata.* Ma, anche introdotte le varie istanze non si ebbe cura di precisare le espressioni, e si continuò a chiamare *res judicata* la sentenza, suscettiva di appello. Ad ogni modo la poca precisione nelle espressioni non portava mali effetti nella pratica, poichè se non poteva opporsi l' *exceptio rei judicatæ*, si opponeva l'*exceptio rei in judicium deductæ* con conseguenze, pressochè, eguali. In appresso nella scienza

[1] *Sensus autem litterarum: appellasse L. Titium a sententia illius, quæ inter illos dicta est.* Lib. 49, tit. 6, Dig. fr. 1, § 1. - Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 106.

[2] Vedi Cujacius, *Paratit.* in Lib. 7, Cod. tit. 61 - 70.

e nel linguaggio forense, *res judicata* non fu più una decisione, in generale, ma solamente quella avente gli speciali effetti di cosa giudicata [1] per non essere più suscettiva di appellazione.

Finchè adunque una decisione è suscettiva di appellazione dicesi, in generale, *sententia*. Poichè non è più suscettiva di alcun riclamo, assume il nome ed il carattere di *res judicata*; e allora, fosse anche provata ingiusta, nessun vantaggio potrebbe ritrarne la parte soccombente: *res judicata pro veritate accipitur*. E come la *litis contestatio* operava già una novazione nel rapporto di diritto, su cui cadeva la contestazione, la *res judicata* estingue definitivamente l'anteriore rapporto di diritto e sostituisce questo rapporto nuovo che discende da essa. [2]

Vari sono quindi gli effetti della *res judicata*, dei quali, l'uno è comune a tutte le sentenze, e l'altro è particolare alle sentenze di condanna del convenuto. L'effetto comune è quello di porre fine alla lite, e quindi si presenta nell' *exceptio rei judicatæ*; [3] l'effetto particolare della sentenza di condanna è di costituire, a vantaggio dell'attore, un diritto, per il quale può promuovere l' *actio judicati*, od invocare senz'altro l'esecuzione della sentenza. [4]

Limitandoci ai modi esecutivi del diritto giustinianeo, avendo già fatto un cenno altrove dei modi esecutivi dell'antico diritto, per esso diritto giustinianeo, il vittorioso, se il debitore condannato non adempie entro quattro mesi la sua obbligazione [5], può invocare l'esecuzione reale ed anche l'esecuzione personale. Infatti, nella novella 135,

[1] Fu nel diritto canonico che si precisarono innanzi tutto le espressioni. C. 13, 15, X, *de sent.* II, 27.

[2] Intorno alla *res judicata* i giuristi sogliono dire che dessa può fare l'ente del non ente e presentare il bianco come nero. De Luca *Dott. volg.* tit. V, Lib. 15, cap. 22, n. 2.

[3] *Salus reipublicæ maxime judicatis rebus continetur*, Cic.

[4] *L'actio judicati* non ha pure altro scopo che l'esecuzione della sentenza, e non sono che forme varie di procedura i privilegi, che possono essere inerenti ad essa azione. V. Lib. 42, tit. 1, Dig.

[5] È notevole la disposizione giustinianea intorno agli interessi. Nei quattro mesi per l'adempimento dell'obbligazione portata dalla sentenza, è sospesa la decorrenza degli interessi, che fossero dovuti, per facilitare al debitore il volontario adempimento della sua obbligazione. Scorsi i quattro mesi, non riprendono la decorrenza gli antichi interessi, ma incominciano interessi nuovi sul capitale primitivo, nella misura del dodici per cento all'anno. Lib. 7, tit. 54. Cod. L. 2, 3, p. Da prima l'intervallo non era che di due mesi. - Ibid. L. 3. § 1. - Lib. 4. tit. 19, Cod. Theod. L. un. - Vedi Cujacius, *Paratitla.* in Lib. 7, Cod. tit. 52 - 54, 57, 58.

è cenno del *supplicium corporis;* ed è probabile, che il debitore dovesse subire l' arresto in una pubblica prigione, e non presso il creditore, come anticamente. [1]

Ad evitare l' arresto personale il debitore può fare la cessione dei beni; [2] e può anche, dando idonei fidejussori, ottenere una dilazione di cinque anni al pagamento. Nel concorso dei creditori era poi accordata la dilazione dalla maggioranza di essi, tenuto conto delle loro pretese e non del numero dei votanti. Del numero dei votanti non si avrebbe tenuto conto, che nel caso, in cui la quantità delle pretese fosse eguale fra gli assenzienti e i dissenzienti. [3] Nella stessa Nov. 135 è pure soggiunto, che possa sospendersi l'esecuzione personale, quando il debitore giuri, che presentemente non abbia mezzi idonei ad adempire le sue obbligazioni.

In quanto alla esecuzione sui beni, pel diritto giustinianeo, questa non può avere luogo che parzialmente, fino alla concorrenza dei crediti riconosciuti liquidi. Questi beni sono venduti al pubblico incanto, o attribuiti ai creditori in mancanza di obblatori. [4]

Nel caso che siasi ottenuto il *beneficium cessionis bonorum* la ven-

[1] A questo proposito il Cujacio, partendo dalla letterale interpretazione delle XII tavole in riguardo alla *sectio* del debitore insolvente, soggiunge: *Lex XII Tab. voluit decoctoris sanguinem effundi. Prætor maluit suffundi publice distractis bonis voce præconis.*

[2] La cessione dei beni, come un favore stabilito da una legge, si crede abbia avute le sue origini da una *lex Julia*. Prima di questa la *cessio bonorum* non era che un favore concesso dal prudente arbitrio del magistrato. Zimmern opina che la cessione dei beni avesse luogo con una *in jure cessio*. – Nelle provincie pare siasi applicata la cessione dei beni solo ai tempi di Diocleziano.

[3] Osserva Accursio che ottenuta la dilazione del quinquennio, non si può invocare più il *beneficium cessionis bonorum;* e Cujacio accoglie siccome giusta questa osservazione dell'Accursio.

[4] V. Cujacius *Paratit.* in Lib. 7, Cod. tit. 71, 72. Intorno all' arresto personale abbiamo al Libro 10, tit. 19, Cod. L. 2. «*Nemo carcerem plumbatarumque verba aut pondera aliaque ab insolentia judicum reperta supplicia in debitorum solutionibus vel a perversis vel ab iratis judicibus expavescat.* – E in Bartolo: *Pro debitis publicis non debet quis poni in carceribus nec novitates aliquas pati in persona.* – Dobbiamo notare però, che se i debitori non venivano gettati in un carcere erano però consegnati *liberæ custodiae militum.* – Pei debiti privati veggasi il Libro 1, tit. 4, Cod. L. 23: *Privatos carceres modis omnibus atque in vicis constituiri vetamus;* e la Novella 135 in cui occorrono appunto le sopraccennate espressioni: *corporis supplicium;* intorno alle quali Gotofredo soggiunge: *Decoctores corporis supplicium evitasse bonis cedendo hinc colligunt, corporis inquam, at non omnino famæ.* – Alciatus, *De cessione bonorum quædam non iniucunda.* Parergon, *juris*, Lib. 2, cap. 47.

dita dei beni appartenenti al debitore non gli porta infamia, poichè la vendita non si fa in nome dell' oberato, ma bensì dei creditori ai quali furono ceduti i beni.

§ 156. *Exceptio rei judicatæ.*

L' autorità della cosa giudicata fu stabilita per garantire una perpetua efficacia alle sentenze, pronunziate sopra contestazioni avvenute, e perchè tali contestazioni non si avessero di nuovo a riprodurre. Per raggiungere questo scopo i Romani avevano anticamente adottato il principio che una azione continuata fino alla contestazione della lite si dovesse considerare estinta o consumata, e quindi non potesse essere più promossa, fosse stata o no pronunziata una sentenza. Per alcune azioni la loro consumazione avveniva *ipso jure;* per altre per mezzo dell' eccezione *rei in judicium deductæ, rei judicatæ.* Laonde poteva formularsi il principio che non poteva essere più riprodotta una azione già giudicata. *Qua de re semel actum est, de ea re amplius agi non potest.* [1]

Ma questa eccezione poteva condurre ad atti ingiusti, se, sul merito, non si fosse veramente pronunziata sentenza, e la consumazione dell'azione fosse avvenuta, perchè fosse stata rejetta la dimanda unicamente che per eccezioni dilatorie. Nello stesso tempo l'*exceptio rei judicatæ,* fondata sulla consumazione dell'azione, non raggiungeva lo scopo di impedire il riproporsi di una ingiusta causa, poichè il soccombente avrebbe potuto nuovamente farsi attore intorno all'oggetto, per il quale era stato condannato, per la ragione che, se era consumata l'azione dell' attore Tizio contro il convenuto Sejo, per la rivendicazione, per esempio, del fondo Corneliano, non poteva dirsi consumata l' azione di rivendicazione che il Sejo soccombente avesse voluto

[1] *Singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diverse pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem rei judicatæ frequens est.* Lib 44, tit. 2, Dig. fr. 6. Devesi leggere *parēre,* ovveramente *parĕre*? Nella volgata in luogo di EXCEPTIONEM, come nella firentina, leggesi EXCEPTIONI parere; e questa lezione sembra più naturale, nel senso di sottostare, obbedire alla cosa giudicata. Savigny proporrebbe la correzione parere *exceptionem* REM JUDICATAM *frequens est.*

— Gaji, *comm.* IV, § 180, 181, IV, 104, 105, 106. 108. - La giustizia riposa non solo sopra ciò che è giusto ma ancora sopra ciò che è ultimato. - Boncenne *Théorie de la proc. civ.* t. 1, ch. 1. - *Bis de eadem re agere non licet.* Jul. Paul. *Recept. Sent.* Lib. 5, tit. 5.

promovere contro il Tizio già vittorioso. Era consumata l' azione di Tizio contro Sejo; non l'azione che ora Sejo promoveva contro Tizio. Da qui, per l' eminente senso pratico dei Romani, si svolse nel diritto pretorio l' eccezione della cosa giudicata, indipendentemente dalla consumazione dell' azione, ma in forza della finzione, che la cosa giudicata dovesse aversi come una verità, quando fra le stesse persone si riproducesse la stessa causa. Laonde, può formularsi il principio, che l' *exceptio rei judicatæ* può opporsi ad ogni azione, colla quale si volessero togliere o scemare gli effetti di una sentenza definitiva anteriore. [1] Ognun vede come l' *exceptio rei judicatæ* abbia una estensione maggiore dell'*actio judicati*. La sentenza può essere di assoluzione o di condanna; e l'*exceptio* riflette si l'una che l'altra. *L'actio judicati* non può invece spiegarsi che in base ad una condanna. Del resto l'*exceptio rei judicatæ* ha dei punti di analogia coll' *exceptio pacti*, e coll' *exceptio jurisjurandi*.

§ 157. *Exceptio rei judicatæ*, (continuazione)

Perchè uno dei contendenti possa opporre all' altro l' eccezione della cosa giudicata, *exceptio rei judicatæ*, è naturale che due requisiti si abbiano a verificare: *eadem quæstio, inter easdem personas* e cioè: identità della persona, *identitas personarum* e identità del fondamento dell' azione, *identitas causæ*. [2]

In quanto alle persone, avrebbe luogo l' identità, quando fossero giuridicamente le stesse; quindi possono essere estesi gli effetti della cosa giudicata all' erede, al legatario, al compratore, al creditore pignoratario; in altri termini, alle persone aventi causa dai contendenti, contro i quali, per l' identica controversia venne già pronunciata la sentenza.

Intorno al fondamento dell' azione, nel concorso alternativo di due

[1] Noi dobbiamo quindi ritenere legittimo un figlio, giudicato tale, sebbene fosse illegittimo, perchè *rebus judicatis standum est*. Vedi per analogia Lib 1, tit. 5, Dig. fr. 25. *Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate accipitur.*

[2] *Exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur vel alio genere judicii*. Lib. 44, tit. 2, Dig. fr. 7, § 4. V. anche fr. 3, di questo stesso titolo. - Vedi Cujacius, *Parat.* in Lib. 7, Cod. tit. 55, 56, 60

azioni, non potrebbe essere ascoltato quegli, che promovesse una azione diversa dell' anteriore, ma con uno stesso fondamento; e quindi, se il comodante, che chiede il risarcimento del danno recato alla cosa comodata, in luogo dell' *actio comodati directa*, avesse spiegata l' *actio Legis Aquiliæ*, promovendo più tardi l' *actio comodati directa*, sebbene diversa, gli si potrebbe opporre l' *exceptio rei judicatæ*.

Così, se chi rimane soccombente nell' azione vindicatoria, divenuto possessore, fosse convenuto coll'*actio in rem Publiciana* dallo stesso, che era nella causa rimasto vittorioso; ed ora l' attuale convenuto opponesse l' *exceptio dominii*, l' attuale attore potrebbe distruggere questa *eccezione* colla *replicatio rei judicatæ*.

Così ancora, se, decisa una contestazione si volesse promuovere una diversa pretesa, facendo servire in modo incidentale ciò che era punto principale nella contestazione antecedente, potrebbe egualmente opporsi l' *exceptio rei judicatæ* contro questa nuova pretesa.

A chi rimane soccombente nella *petitio hæreditatis*, se si facesse attore per rivendicare una cosa nel compendio dell' eredità sotto la qualità di erede, lo stesso convenuto potrebbe opporgli l' *exceptio rei judicatæ*, sebbene non valga in questa seconda controversia l' asserita qualità di erede che quale *legitimatio ad causam*, mentre, nella contestazione precedente, era punto principale della contestazione il decidere intorno all' esistenza o no di una tale qualità.

Da qui l' opportunità della *exceptio præjudicialis* allo scopo di far differire la decisione sopra controversie, per le quali mancasse la *legitimatio ad causam*.

Supponiamo non avvenuta la contestazione sulla *petitio hæreditatis*. Se taluno colla pretesa di essere erede promovesse l' azione vindicatoria sopra una cosa appartenente all'eredità, colla *exceptio præjudicialis* può differirsi la decisione sull' azione vindicatoria, finchè non sia legittimata nell' attore la qualità di erede.

Si deve per altro notare che, sebbene, di regola, una sentenza sia legge fra le parti contendenti e gli aventi causa da loro, e stia, nella sua generalità, il principio, *res inter alios judicata tertio nec nocet, nec prodest*, vi sono però delle decisioni, che sono considerate quali verità non solo pei contendenti, ma per tutti. *Res judicata*

facit jus inter omnes. [1] Tale sarebbe la sentenza intorno alla legittimità di un figlio, che sarebbe operativa, non solo in confronto delle parti, ma di tutti i membri della famiglia, e, in generale, ogni sentenza, che fosse stata pronunciata intorno allo stato di una persona, sempre che, per altro, non siavi stata collusione fra le parti, e la sentenza sia stata emessa previo dibattimento, e non in contumacia.

Dicasi lo stesso di una sentenza intorno alla validità di un testamento tra l'erede testamentario e l'erede legittimo; che verrebbe ne' suoi effetti estesa ai legatarj ed ai fidecommessarj; così ancora, di una sentenza pronunziata contro una persona, dalla quale, per una compartecipazione in una cosa, altre persone derivino il loro diritto, se queste non ignoravano il fatto della contestazione in confronto del loro autore*; quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est.* [2] Le applicazioni di questo principio sono per sè stesse evidenti.

§ 158. *Exceptio rei judicatæ* (continuazione).

L'autorità di cosa giudicata appartiene alla sentenza soltanto, ovveramente, anche ai motivi della sentenza che si fossero espressi? In altri termini, i motivi di una sentenza hanno essi pure l'autorità di cosa giudicata?

Noi crediamo che l'autorità della cosa giudicata sia inseparabile dai rapporti di fatto e di diritto che sono gli elementi della sentenza; e tali elementi della sentenza, o motivi obbiettivi che si volessero chiamare, non sono a confondersi colle individuali considerazioni che possono avere determinato il giudice a pronunziare in un senso, piuttosto che in un altro; non sono a confondersi cioè coi motivi subbiettivi, ai quali può e deve essere negata l'autorità di cosa giudicata. [3] Un solo esempio può bastare a mettere in evidenza il principio sovra esposto. Supponiamo che ta-

[1] Keller *Pandekten*, § 96, 97.
[2] Lib. 42, tit. 1, Dig. fr. 63.
[3] V. Böhmer *Exercit. ad Pand.* - Cfr. Cocceji *Jus contr.* XLII, 1, Q. 8. - Berger, *Oecon. for.* Lib. 4.

luno spieghi l' azione vindicatoria; supponiamo che il convenuto sia stato assolto, perchè apparì non possessore della cosa vindicata. La mancanza del possesso nel convenuto è l' elemento della decisione; è il motivo obbiettivo di essa. Se quindi colui che è rimasto oggi vittorioso ottenesse il possesso della cosa, il vecchio attore potrebbe promovere ancora contro di lui l' azione vindicatoria, nè potrebbe essere accolta l' eccezione che opponesse il reo di cosa giudicata, appunto, perchè la cosa giudicata è inseparabile dai rapporti di fatto e di diritto che servirono di base alla decisione.[1] Del resto questi motivi obbiettivi noi gli potremo rilevare e dai *considerando* che accompagnassero la decisione e dagli atti stessi della causa, corrispondenti alla *intentio* ed alla *demonstratio* dell' antico procedimento formolare.

Però non acquisterebbero l' autorità di cosa giudicata, nè una decisione, nè i motivi di essa, quando fosse intervenuto un mero errore di calcolo, ovveramente vi fosse violazione di forme, contravvenzione manifesta alle leggi, o un eccesso di potere; con questa differenza che l' errore di calcolo potrebbe essere corretto senza formalità alcuna dallo stesso giudice che pronunziò la sentenza, mentre gli altri titoli di annullamento della sentenza non potrebbero essere riconosciuti che nelle opportune vie giuridiche, non aventi per altro nulla di comune colle ordinarie regole e formalità delle appellazioni. *Sententia nulla non est judicatum.*[2]

Contro una sentenza può avere luogo la *restitutio in integrum* concessa ai minori di venticinque anni, se lesi nei loro diritti dalla sentenza stessa, e qualche volta, *cognita causa,* anche a maggiori di età; straordinario rimedio che si trovava per altro cosa assai grave il concedere per nuovi mezzi di prova ritrovati dopo pronunciata

[1] V. Lib. 44, tit. 2, Dig. fr. 17, 18.

[2] Lib. 42, tit. 1, Dig. fr. 32. - Lib. 49, tit. 8, Dig. fr. 1, § 2. - Lib. 5, tit. 63. Lib. 1. - *Falsis allegationibus excusatus tutor pupillo obligari non desinit, unde notat Bartolus jure singulari sententiam et falsis allegationibus latam adversus minores ipso jure nullam esse, cum in aliis valeat, licet per restitutionem rescindatur.* Gothofredus ad h. L. - Lib. 7, tit. 58, Cod. L. 1, *Si judex quasi probato testamento sententiam dixit et secundum eam testamentum illud falsum deprehensum fuerit de novo judicium constituitur præscriptione rei judicatae nihil obstante.* Gothofr. ad h. L. - *Sententia si adversus aliam sententiam lata sit, ad eam rescindendam appellatio non est opus.* Gothofr. ad 4, L. - *Sententia contra jus expresse lata ipso jure non valet.* Id. Ibid.

la sentenza. *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas instaurari exemplo grave est.* [1]

Nelle fonti è pure conosciuto il ricorso per ritrattazione, *retractatio*, *supplicatio*, che era fatto dalle parti all' imperatore per ottenere la rescissione di una sentenza, contro la quale non fosse possibile l'appellarsi. D' ordinario aveva luogo questo rimedio contro le sentenze del prefetto del pretorio. Giustiniano stabilì non fosse ammesso però il ricorso per ritrattazione contro la sentenza del prefetto del pretorio che avesse deciso in terza istanza. La *retractatio* non sospendeva l' esecuzione della sentenza, ma se intimata entro dieci giorni al vittorioso, questi non poteva procedere all' esecuzione che dando una cauzione. [2]

Titolo Decimo.

MODI DI ASSICURAZIONE.

§ 159. *Cautiones.*

Cautiones, in generale, sono tutti i modi di assicurazione, *ut quis cautior et securior sit;* [3] quindi anche i chirografi od obbligazioni di debito, le quitanze di fatti pagamenti, e perfino una promessa semplice per mezzo di una stipulazione, *repromissio*, [4] o una promessa accompagnata da giuramento, *cautio juratoria.* [5] Perchè una cauzione sia reputata *idonea* devono darsi fidejussori, *satisdatio*, *fidejussio*, o pegni. [6] E la cauzione con pegno è riputata maggiore di

[1] Lib. 7, tit. 52, Cod. L. 4. - Lib. 2, tit. 27, Cod. - Lib. 2, tit. 47, Cod. L. 3. - *Appellatio iniquitatis sententiæ querelam in integrum vero restitutio erroris proprii veniæ petitionem vel adversarii circumventionis allegationem continet.* Lib. 4, tit. 4, Dig. fr. 17.

[2] Lib. 1, tit. 21, Cod. L. 3. - Lib. 7, tit. 70, Cod. L. un. - Nov. 119. - V. anche Lib. 11. tit. 30, Cod. Th. L. 17. - Cfr. Carm. Emm. Vita *sul ricorso per ritrattazione*. Palermo 1863.

[3] Gaji *comm.* IV, § 88, 102, Lib. 3, tit. 18, Inst. - Lib. 4, tit. 11, Inst. - Lib. 2, tit. 8. Dig. - Lib. 46, tit. 5, Dig. - Lib. 2, tit. 57, Cod.

[4] *Cautionales stipulationes sunt quæ instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti* Lib. 46, tit 5, Dig. fr. 1, § 4.

[5] Lib. 12, tit. 1, Dig. fr 40. - Lib. 22, tit. 3, Dig. fr 15. - Lib. 6, tit. 38, Cod. L. 3.

[6] L. 17, tit. 1, Dig. fr. 59, § ult. - *Cautum intelligitur sive personis sive rebus cautum sit.* Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 188, § 1.

quella per fidejussori. *Plus cautionis in re est, quam in persona.* [1]

In un senso particolare, chiamansi *cautiones*, quei mezzi a cui ricorre il magistrato per garantire diritti attuali od eventuali, e che possono anche servire quali modi d' esecuzione della cosa giudicata. E in questo riguardo, il mezzo più efficace fra le cauzioni è l' immissione in possesso dei beni del debitore, *missio in possessionem.*

A questo istituto appartengono adunque le *stipulationes* che dalla causa loro efficiente si distinguono in convenzionali, giudiziali, pretorie e comuni.

Convenzionali sono quelle che derivano dalla buona volontà delle parti, e non sono provocate dal Pretore o dal giudice, e possono essere varie e molteplici come sono vari e molteplici i rapporti delle parti contraenti.

Chiamansi giudiziali, quelle che solo il giudice impone e può imporre. Tale sarebbe, per esempio, la stipulazione, *de dolo cautio*, in garanzia dell' attore, che la sentenza pronunziata sarà eseguita senza dolo per parte del convenuto. [2] Tale sarebbe ancora la *cautio de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.* [3]

Le stipulazioni pretorie sono quelle che solo un Pretore impone e può imporre; tale la *stipulatio damni infecti.* Se, per esempio, la casa del nostro vicino minaccia rovina, egli può essere costretto dal Pretore a garantirci il rimborso dei danni, dai quali siamo minacciati; e quando si rifiutasse di assumere una tale obbligazione, il Pretore ci accorderebbe la *missio in possessionem* della casa.

Le stipulazioni comuni sono quelle che possono essere imposte tanto dal giudice che dal Pretore. Tale sarebbe la *stipulatio, rem pupilli salvam fore*, con cui tutori e *fidejussori* si obbligano a garantire la conservazione dei beni del pupillo. Tale sarebbe ancora la *cautio de rato*, ossia, *ratam rem haberi*, prestata da un procuratore che intenta una azione a nome altrui, colla quale si obbliga di fare ratificare il suo operato da colui, in di cui nome egli agisse. D'ordinario, questa cauzione è ordinata dal Pretore avanti la *litis*

[1] Lib. 50, tit. 17, Dig. fr. 25.
[2] Lib. 6 tit. 1, Dig. fr. 20, 45.
[3] Lib. 4, tit. 2. Dig. fr. 14, § 11. - Lib. 30 (*de leg.* 1.) Dig. fr. 69, § 5.

contestatio; ma se si è ommesso di richiederla, e si ravvisi opportuna, può essere imposta anche dopo la contestazione della lite.

Le *cautiones* adunque più specialmente hanno per iscopo o di rendere possibile il regolare proseguimento di un processo, *cautiones præjudiciales*, o di assicurare l'esecuzione di una obbligazione, o di premunirci da un danno avvenire. [1]

Più comunemente è all'attore che interessa di avere dal reo convenuto una cauzione che egli pagherà nel caso sia condannato dal *judicatum*, donde la *cautio judicatum solvi*. Alcune volte però può interessare anche al reo di avere una cauzione del proprio attore. [2]

§ 160. Immissioni in possesso.

La *missio in possessionem* è un mezzo a cui ricorre il pretore se la persona, a cui ha imposto di dare una cauzione, *rei servandæ causa*, non si presta a darla. La *missio in possessionem* serve anche come mezzo estremo, con cui i creditori possono ottenere il pagamento sulle sostanze del debitore, che non voglia o non possa adempire alle sue obbligazioni. [3]

La *missio in possessionem* può altresì servire per assicurare diritti eventuali sopra una eredità a favore di quelli che vi abbiano un interesse.

La *missio in possessionem* può essere poi o generale o speciale. È generale quando abbraccia tutta la facoltà; è speciale, se si riferisce a cose singole, o ad un complesso di cose formanti una *universitas*.

Quando l'immissione in possesso abbraccia tutta la sostanza del debitore, dicesi *missio in bona*; se si riferisce a certi beni soltanto *missio in rem singularem*.

[1] Alciatus, *comment. in cod. iustin.* Lib. 2. – De Luca *Dott. volg.* T. V. c. 15.

[2] Voel *ad Pand.* Lib. 46, tit. 5, § 56–78. – Richieri II, § 9409. III § 1538. – Vinnius. Lib. 3, tit. 18, Inst. – Keller C. Pr. § 77. – Böcking § 127. – Puchta § 79. – Schilling § 95. – Zimmern § 87.

[3] Lib. 36, Dig. tit. 4. – Lib. 37, Dig. tit. 9. – Lib. 39, Dig. tit. 2. – Lib. 42, Dig. tit. 4, 5. – Lib. 43, Dig. tit. 4. – Lib. 6, tit. 54, Cod. – Lib. 7, tit. 72, Cod. – Donell. *Comm. jur. civ.* Lib. XXIII, C. 11, 12.

Colla *missio* l'attore non acquista che la custodia e la detenzione delle cose [1]; ma mediante un secondo decreto ottiene, col *pignus prœtorium*, un vero possesso, colla facoltà di alienare, al bisogno, i beni vincolati e di realizzare i diritti, pei quali la *missio in possessionem* ebbe luogo. [2]

La *missio* può adunque aver luogo *crediti servandi causa*, quando il debitore insolvente non abbia invocato il *beneficium cessionis bonorum*, cedendo volontariamente i proprii beni ai creditori. [3]

Può avere luogo, come già dicemmo, *damni infecti nomine*, quando il proprietario di una casa che minacci rovina si rifiuti di dare cauzione. Può avere luogo contro quegli che *fraudationis causa latitat*; *cui hœres non extat*; *exilii causa solum vertit*; *absens judicio defensus non fuerit*.

La *missio* può darsi anche *ventris nomine*, a vantaggio della vedova incinta in riguardo al nascituro cui spetterebbe l'eredità. [4]

Può darsi altresì *ex edicto carboniano*, poichè un impubere può ottenere la *missio* rispetto ai beni paterni, quando gli si contrasti il suo stato e la sua capacità di succedere, facendo così l'impubere stesso differire la causa sino alla superata pubertà. [5]

La *missio in possessionem* può avere luogo anche quando l'eredità si devolva ad un demente, *furiosi nomine*, che non sia un *hœres suus*, poichè un'eredità può essere bensì acquistata da un tutore, ma non da un curatore. [6]

Tra i modi di assicurazione noi non facciamo cenno dell'arresto personale del debitore, non riconoscendo il Diritto giustinianeo l'arresto siccome un modo assicurativo contro un debitore non ancora condannato.

[1] Lib. 36, tit. 4, Dig. fr. 5, § 5. - Lib. 41, tit. 2, Dig. fr. 10, § 1. - Lib. 42, tit. 4, Dig. fr. 1, 12. Alciatus *Paradoxorum juris civ*. Lib. 2, cap. 4.

[2] Lib. 13, tit. 7, Dig. fr. 26. - Lib. 27, tit. 9, Dig. fr. 3, § 1. - Lib. 8, tit. 22, Cod.

[3] Lib. 8, tit. 71, Cod. L. 1, 4. - V. Gaji *comm*. III, 78. - Anticamente aveva luogo una *missio in bona* anche per assicurare il pagamento di un legato o fidecommesso da prestarsi sotto una condizione, quando non desse una cauziono chi doveva prestarla; *legatorum vel fideicommissorum servandorum causa*; ma questa assicurazione fu abolita dalla costituzione terza del codice; Lib. 6, tit. 43; essendosi sostituito pei legati un pegno legale.

[4] Lib. 37, tit. 6, Dig. fr. 1. § 27. - Lib. 37, tit. 9, Dig. fr. 1, § 2, fr. 1, § 11, fr. 6, fr. 7, pr. fr. 10.

[5] Lib. 38, tit. 10, Dig. fr 1, pr. § 10, fr. 3, § 2, - 5, fr. 8, § 1, fr. 11. - V. Cujacius, *Paratitl.* in Lib. 6, Cod. tit. 17.

[6] Lib. 37, Dig. tit. 3. - Lib. 19, Dig. tit. 2, fr. 63. - Lib. 38, tit. 9, Dig. fr. 1. § 5.

L'arresto personale, *supplicium corporis*, non è nel diritto giustinianeo che un mezzo di esecuzione contro un debitore condannato.

§ 161. Pene per le cause temerarie. [1]

Perchè i cittadini non facessero liti temerarie, in ogni tempo, si pensò ad alcuni mezzi preventivi o repressivi.

Vedemmo, come nel sistema delle *legis actiones*, a ciò potesse servire il *sacramentum* colla perdita per parte del soccombente della somma depositata, e come, in seguito, a questo effetto, potessero servire le *sponsiones* e le *restipulationes*, [2] con cui si stabiliva una pena pecuniaria a carico di chi perdeva la lite. Contro il contendente di mala fede accordavasi anche una azione *de calumnia*, con cui era obbligato a pagare un decimo della somma che era rappresentata dal processo; pena che, ai tempi di Giustiniano, era caduta in dissuetudine. [3]

Nel diritto giustinianeo, in tre modi possono essere impedite le cause temerarie; col giuramento, *jurisjurandi religione*; con pena pecuniaria, *pecuniaria pœna*; e colla minaccia dell'infamia, *metu infamiæ*. [4]

Per una costituzione di Giustiniano, l'attore deve giurare che egli crede la propria causa giusta ed equa. *Actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione.* [5]

Gli avvocati dell'una e dell'altra parte devono pure prestare un tale giuramento. *Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt.* [6]

[1] *De poena temere litigantium*, Lib. 4, tit. 16, Inst. - *De poena temere appellantium*, Menochius, 2 *de arbit. judic.* c. 545.

[2] Gaji *comm.* IV, § 171.

[3] Gaji *comm.* IV, § 175, 176, 178. - Il reo convenuto, nel caso che l'attore restasse soccombente per una pretesa temeraria, poteva giovarsi anche di una azione detta *judicium contrarium*. § 177, Ibid. 179.

— CALUMNIA da *calvire, omnem versutiam et malitiam in alterius incommodum intentatam denotat*. Io. Oinotomus *in quat. Lib. Inst. imp. comm.* Lib. 4, tit. 16, § 1. - *Inde et Cavillatio dicta est*. Lib. 50, tit. 16, Dig. fr. 233. - V anche Rein *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer* Lib. 6, c. 17.

[4] Lib. 4, tit. 16, Inst. pr. - V. Cujacius; *Notae* ad b. t.

[5] Lib. 4, tit. 16, § 1. Inst.

[6] Ibid.

Quegli che perde la lite può inoltre essere obbligato a rimborsare all'avversario i danni risentiti e le spese sostenute. *Improbus litigator et damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur* [1]. Di più il convenuto può essere obbligato a pagare il doppio o il triplo per le temerarie impugnative. *Adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli* [2] *vel tripli actio constituitur.* [3]

L'infamia è la pena minacciata al contendente temerario, che sia condannato in seguito a certe azioni che prendono il nome di *actiones famosæ*, *judicia turpia*, di furto, di rapina, di ingiurie o di dolo. *Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi sunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo.* [4]

Lo stesso avviene quando taluno è condannato in seguito ad azioni dirette, di tutela, di mandato, di deposito, di società.

Osserviamo che nell'infamia non si incorre in questi ultimi casi che per mezzo della sentenza di condanna. Laonde con una transazione l'ignominia legale può essere evitata. Invece, nelle azioni di furto, di rapina, di ingiurie o di dolo, siccome l'infamia accompagna l'azione, non può con una transazione evitarsi. *Notantur ignominia etiam pacti et recte; plurimum enim interest utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.* [5]

Si può altresì considerare come altro dei mezzi per impedire le cause temerarie la proibizione di potere chiamare alcune persone in *jus*, senza il permesso del pretore. Il pretore vieta infatti sotto la pena di 50 solidi ai figli di famiglia di chiamare innanzi al magistrato i proprii ascendenti ed ai liberti i loro patroni, senza avere ottenuta una speciale permissione. [6]

1 Ibid.

2 Ibid. – *Lis inficiando crescit in duplum.* Julii Paulli, *Rec. sent.* Lib. 2, tit. 17, § 4. Nel diritto giustinianeo ha luogo la pena del doppio nell'*actio Legis Aquiliae*, nell'azione per la restituzione di un deposito provocato dalla necessità e nel caso di negato pagamento di legali per pie case.

3 *Absunt hæc a vet. lib. et merito; nulla enim est in inficiantem tripli actio.* Cujacius *Notæ ad* Lib. 4, Inst. tit. *de poena temere litigantium.* Nel caso di una *plus petitio* l'attore può essere però condannato a pagare al convenuto il triplo del danno risentito per essa *plus petitio*. Lib. 4, tit. 6, Inst. § 33. – Lib. 3 tit. 10, Cod.

4 Lib. 4, tit. 16, Inst. § 2.

5 Ibid.

6 Lib. 4, tit. 16, Inst. § 3.

FINE DELLA PARTE GENERALE.



PUBBLICAZIONI DEL DOTTOR FRANCESCO VALLARDI, TIPOGRAFO-EDITORE

AMBROSOLI GIUS. (dott.) **Prime nozioni di Fisica.** Un vol. con fig. 197 intercalate nel testo di 1200 pag., diviso in 2 parti.

LO STESSO. **Scienza e letteratura** — Dialoghi tre. Un vol. di pag. 140.

BORELLA e CAMUSSO. **Nozioni sul Drenaggio**, ossia Arte di prosciugare i terreni umidi, 1857. Un volume di pagine 242 con 91 figure.

BREWER **La Chiave della scienza**, ovvero i Fenomeni di tutti i giorni Versione italiana con note ed aggiunte del dott. *Gemello Gorini*. Un vol. di p. 480 e figure nel testo.

BRIOSCHI (prof.) **LA STATICA DEI SISTEMI DI FORMA INVARIABILE.** Edizione in-8 grande.

CANTONI dott. GAETANO **Trattato completo d'Agricoltura** compilato dietro le più recenti cognizioni scientifiche e pratiche. Due volumi, di pag. 744 e 524 con 521 figure.

DE-FILIPPI FILIPPO (prof.) **Delle funzioni riproduttive negli animali**, in complemento all'edizione italiana di ZOOLOGIA. 2.ª ediz., di pag. 118 con 72 fig.

DE-JUSSIEU. **Botanica.** di pag. 640 con 688 fig., e varie tabelle a stampa, 2.ª ediz. italiana per cura del prof. *Balsamo Crivelli*.

FABRICIUS SAVINA. **La Storia d'Italia dai primi tempi sino ai nostri giorni** narrata brevemente al Popolo Opera premiata con medaglia dalla Associazione pedagogica italiana all'occasione del terzo congresso tenutosi in Milano nel settembre 1865. Un vol. in-8º di pag. 256.

GANOT A. (prof.) **Trattato elementare di Fisica sperimentale ed applicata, e di Meteorologia.** 7.ª edizione ital. sulla 10.ª parigina, per cura dei prof. *C. Hajech* e *V. Masserotti*. Un vol. di pag. 986 con 586 figure intercalate nel testo e con note ed aggiunte originali.

LIEBIG. **I principj fondamentali della Chimica agraria.** in relazione alle ricerche istituite in Inghilterra, 1.ª traduzione italiana eseguita sulla 2.ª edizione tedesca per cura di *Alfonso Cossa*, di pagine 128.

LO STESSO. **Teoria e pratica dell'Agricoltura.** traduz. di *Alfonso Cossa*, 1857, di pag. 128.

LARDNER. **Il Museo delle Scienze e delle Arti**, trad. di diversi professori dall'originale inglese. Volumi 6 in-8º grande, in complesso di pagine 5066, e illustrati con circa 1200 figure.

MEZZACAPO LUIGI e CARLO. **Studj Topografici e Strategici su l'Italia.** Un vol in-16 grande di p. 624.

MILNE EDWARDS. **Zoologia.** di pag 668 con 475 figure e tabella a stampa, 3.ª ediz. italiana per cura del prof. *V. Masserotti*.

OMBONI GIOV. (prof.) **Cenni sullo stato geologico dell'Italia**, in appendice al Corso di Geologia di *Beudant*. Un vol. in-16, di pag. 464 con 70 figure, e tavola colorata.

STRAMBIO dottor GAETANO. **Trattato elementare d'Anatomia descrittiva.** e di preparazioni anatomiche, desunto dai lavori di *A. Jamain, Ph C. Sappey, A. Verneuil*. Due vol. in 16. in bella carta con 229 magnifiche figure.

WILSON. **Igiene della pelle** nei suoi rapporti colla salute. Un vol. di pag. 368 con 54 figure, trad. sulla 5.ª ediz. con aggiunte e note del D. *Agostino Bertani*.

OPERA IN CORSO DI STAMPA

NUOVO DIZIONARIO DEI SINONIMI

DELLA

LINGUA ITALIANA

DI

NICCOLÒ TOMMASEO

Quinta edizione milanese accresciuta e di nuovo ordinata dall'autore
Veggasi le condizioni in apposito manifesto, che verrà spedito gratis dietro domanda affrancata al suddetto Editore.





